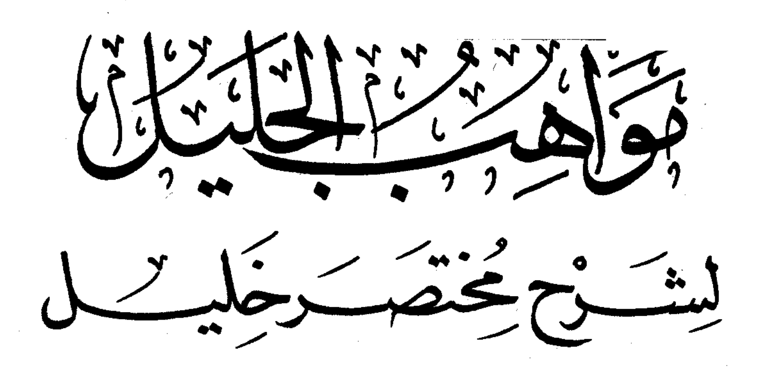


تأليف

أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي

المعروف بالحطاب الرعيني

المتوفى سنة ٩٥٤هـ

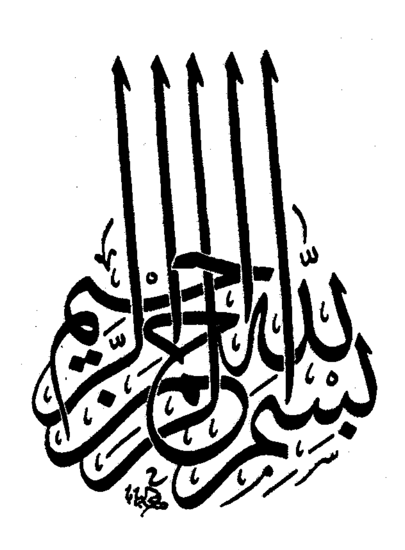
ضبطه وخرج آياته وأحاديثه

الشيخ زكريا عميرات

الجزء السابع

دار عالم الكتب

للطباعة والنشر والتوزيع


بسم الله الرحمن الرحيم

باب الصلح

الصُّلْحُ عَلَى غَيْرِ الْمُدَّعي بَيْعٌ،

باب الصلح

قال في التوضيح: قال النووي: الصلح والإصلاح والمصالحة قطع المنازعة وهو مأخوذ من صلح الشيء بفتح اللام وضمها إذا كمل وهو خلاف الفساد، يقال صالحته مصالحة وصلاحاً بكسر الصاد، وذكره الجوهري وغيره، والصلح يذكر ويؤنث اهـ. وقال ابن عرفة: الصلح انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه. وقول ابن رشد: «هو قبض الشيء عن عوض» يدخل فيه محض البيع، وقول عياض: «هو معاوضة عن دعوى» يخرج عنه صلح الإقرار اهـ. وقد يقال: إن حده غير جامع لأنه لا يدخل فيه الصلح على بعض الحق المقر به فتأمله.

فائدة: قال في المقدمات: رُوي أن كعب بن مالك تقاضى من أبي حدرد ديناً له عليه في عهد النبي ﷺ في المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعهما النبي ﷺ وهو في بيته فخرج حتى كشف سجف حجرته فنادى كعب بن مالك فقال: يا كعب: فقال: لبيك يا رسول الله، فأشار بيده أن ضع الشطر فقال كعب: قد فعلت. فقال رسول الله ﷺ: قم فاقضه، وهذا الحديث أصل لما صرح به العامة من قولها خير الصلح الشطر ولا صلح إلا بوزن اهـ. قال ابن عرفة: وهو أي الصلح من حيث ذاته مندوب إليه، وقد يعرض وجوبه عند تعيين مصلحة، وحرمته وكراهته لاستلزامه مفسدة واجبة الدرء أو راجحته كما مر في النكاح للخمي وغيره، ابن رشد: لا بأس بندب القاضي الخصمين إليه ما لم يتبين له الحق لأحدهما لقول عمر لأبي موسى: احرص على الصلح ما لم يتبين لك فصل القضاء، وقيل في بعض المذاكرات: لا بأس به بعد البينتين إن كان أرفق بالضعيف منهما كالندب لصدقه عليه، ورد بأنه يوهم ثبوت الحق على من له الحق أو سقوطه له بخلاف الصدقة. ابن رشد: إن أباه أحدهما فلا يلح عليهما إلحاحاً يوهم الإلزام. قلت: ونقل عن بعض قضاة طرابلس جبره عليه فعزل اهـ. ص: **(على غير المدعي بيع)** ش: قال ابن فرحون في تبصرته في الباب الثاني والخمسين: والصلح بيع من البيوع إن وقع على الإقرار، وكذا إن وقع على الإنكار عند مالك

باب الصلح

والتزاحم على الحقوق. والتنازع: وفيه ثلاثة فصول: الأول الصلح وهو ضربان: معاوضة كالبيع فحكمه كالبيع فيما يجوز ويمتنع وإسقاط وإبراء، والصلح عن الدين كبيع الدين وإن صالح عن بعضهم فهو إبراء **(الصلح على غير المدعي بيع أو إجارة)** ابن عرفة: الصلح انتقال عن

....

لاشتراطه فيه ما يشترط في البيع اهـ. وقاله فيها أيضاً. ويشترط في المصالح والمصالح أهلية المعاملة اهـ.

تنبيه: يجوز الصلح على المجهول إذا جهل القدر المصالح عليه ولم يقدرا على الوصول إلى معرفته، وأما إذا قدرا على الوصول إلى المعرفة فلا يجوز الصلح إلا بعد المعرفة بذلك. قال في آخر كتاب الشفعة من المدونة: ومن ادعى حقاً في دار بيد رجل فصالحه منه، فإن جهلاه جميعاً جاز ذلك، وإن عرف المدعي دعواه منها فليسمه، وإن لم يسم بطل الصلح ولا شفعة فيه، والزوجة إن صالحت الورثة على ميراثها، فإن عرفت هي وجميع الورثة مبلغ التركة جاز الصلح، وإن لم يعرفوه لم يجز اهـ. قال الشيخ أبو الحسن إثر كلام المدونة: انظر قال هنا إن جهلاه جميعاً جاز وتقدم في مسألة الحميل قال: لا يجوز حتى يعلما ما على المطلوب. وفي كتاب القسمة قال: من باع من رجل موروثه من هذه الدار، فإن عرفا جميعاً مبلغه جاز. وقال في كتاب الصلح: ومن لك عليه دراهم نسيتما مبلغها جاز إن تصالحا على ما شئتما من ذهب أو ورق، فمسألة كتاب الصلح ومسألة من ادعى حقاً في دار مخالفة لهذه النظائر، ومثل مسألة بيع الصبرة لا يعرفان كيلها، ومثله لابن القاسم في المتجاعلين على حفر بئر إن جهلا معاصفة الأرض جاز. وحاصله أن كل موضع يقدران على الوصول إلى المعرفة بذلك فلا يجوز الصلح إلا بعد المعرفة به، وكل موضع لا يقدران على الوصول إلى المعرفة بذلك فالصلح جائز على معنى التحلل إذ هو أكثر المقدور. وقوله: «والزوجة إذا صالحت الورثة على ميراثها فإن عرفت هي والورثة مبلغ التركة جاز الصلح، وإن لم يعرفوه لم يجز لأنهم قادرون على الوصول إلى المعرفة» اهـ. ونحوه لابن ناجي ونصه إثر كلام المدونة المتقدم قوله: ومن ادعى حقاً في دار بيد رجل الخ وعرفاه جميعاً. قلت: قال فضل: إنما يجوز إذا جهلاه لأنه على وجه التحلل، ومثله مسألة الصلح على دراهم لا يعرفان عددها، ومثله بيع الصبرة لا يعرفان كيلها، ومثله لابن القاسم في المتجاعلين على حفر بئر إن جهلا جميعاً الأرض جاز، قيل: ولا يعارض ما ذكره بقولنا أول مسألة من كتاب القسم قال مالك: ومن باع من رجل موروثه من هذه الدار، فإن عرفا مبلغه جاز، وإن جهله أحدهما أو كلاهما لم يجز. والفرق أن بيع الميراث اختياري يقدران على رفع الغرر منها ويتوصلان إلى معرفة النصيب، وما هنا مع ما نظره به لا يقدران على رفع الغرر فصارت صورة ضرورة فيتحلل منه. وقوله: «والزوجة إذا صالحت الورثة الخ» أتى بها في الأم على وجه الدليل، ووجه ذلك أنهم يقدرون على تصوره حائزاً بالوصول إلى معرفة كل واحد اهـ. وقال في التوضيح: يعتبر قيمة معرفة ما يصالح عنه فإن كان مجهولاً لم يجز، ولذلك شرط في المدونة في صلح الولد للزوجة عن إرثها معرفتها لجميع التركة وحضور أصنافها وحضور من عليه الأرض وإقراره وإلا لم يجز اهـ. ونحوه في الشامل فيقيد قولهما فإن كان مجهولاً بما إذا لم يجهلاه جميعاً ليوافق كلامهما ما في المدونة، وبأنهما لم يقدرا

أَوْ إِجَارَةٌ

على الوصول إلى معرفة ذلك ليوافق ما تقدم فتأمله والله أعلم.

فرع: فإن صالح على عبد ادعى عليه أنه سرقه ثم ظهر العبد فلا رجوع لصاحبه فيه، وليس للمدعى عليه أيضاً رده إن وجد معيباً إلا أن يقر المدعي أن المدعى عليه ما سرق عبده وأنه ادعى عليه باطلاً. قاله في رسم الدور والمزارع من سماع يحيى من كتاب الدعوى والصلح. قال في الكافي في الصانع تضيع عنده السلعة ويغرم قيمتها ثم توجد: إنها للصانع، وكذا لو ادعى على رجل أنه سرق عبده فأنكره فصالحه على شيء ثم وجد العبد قال ابن رشد في سماع يحيى: وهو للمدعى عليه ولا ينقض الصلح معيباً كان أو صحيحاً إلا أن يجده عنده قد أخفاه فيكون لربه. وفي التهذيب في المكتري يتعدى في الدابة فتضل فيغرم قيمتها ثم يوجد هي للمكترى. اهـ من المسائل الملقوطة، وما ذكره عن سماع يحيى هو في الرسم المذكور ومسألة التهذيب في كتاب الشفعة.

تنبيه: صلح الفضولي جائز، قال ابن فرحون في تبصرته: ويجوز للرجل أن يصالح عن غيره بوكالة أو بغير وكالة، وذلك مثل أن يصالح رجل رجلاً على دين له على رجل ويلزم المصالح ما صالح به اهـ. وقاله في المدونة في باب الصلح ونصه: ومن قال لرجل هلم أصالحك من دينك الذي على فلان بكذا ففعل أو أتى رجل رجلاً فصالحه على امرأته بشيء مسمى، لزم الزوج الصلح ولزم المصالح ما صالح به وإن لم يقل أنا ضامن لأنه إنما قضى عن الذي عليه الحق اهـ. ص: **(أو إجارة)** ش: لم يتكلم الشارح على هذه القولة. وقال ابن غازي: مثاله أن يدعي على رجل شيئاً معيناً فيصالحه على سكنى دار أو خدمة عبد أو ما أشبه ذلك إلى أجل معلوم وقد أبعد من ضبطه إجازة بالزاي المعجمة اهـ. وقال في الذخيرة: الصلح في الأموال ونحوها دائر بين خمسة أمور: البيع إن كانت المعاوضة فيه عن أعيان، والصرف إن كان أحد النقدين عن الآخر، والإجارة إن كانت عن منافع ودفع الخصومة إن لم يتعين شيء من ذلك، والإحسان وهو ما يعطيه المصالح من غير إلحاح، فمتى تعينت أحد هذه الأبواب روعيت فيه شروطه لقوله عليه السلام: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»[1] اهـ. قال في التوضيح: رواه الترمذي وحسنه. وعزاه غيره لابن حبان. قال

حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه. وقال ابن رشد: هو قبض شيء من عوض يدخل فيه محض البيع وهو من حيث ذاته مندوب إليه، وقد يعرض وجوبه عند تعيين مصلحته وحرمته وكراهته لاستلزامه مفسدة واجبة الدرء أو راجحته. ابن رشد: ولا بأس أن يندب القاضي إليه ما لم يتبين له

---

(١) رواه الترمذي في كتاب الأحكام باب ١٧. أبو داود في كتاب الأقضية باب ١٢، ابن ماجة في كتاب الأحكام باب ٢٣ أحمد في مسنده (٢/٣٦٦).

وَعَلَى بَعْضِهِ: هِبَةٌ وَجَازَ عَنْ دَيْنٍ بِمَا يُبَاعُ بِهِ

المازري: فأما تحليل الصلح للحرام فمن أمثلته كمن صالح على دار ادعاها بخمر أو خنزير أو غير ذلك مما لا تجوز المعاوضة به، وأما قوله: «أو حرم حلالاً» فمن أمثلته أن يصالح عن هذه الدار التي ادعاها على أمة بشرط أن لا يطأها أو بثوب بشرط أن لا يلبسه أو لا يبيعه إلى غير ذلك من وجوه التحجير الممنوعة مع ما يدخل في هذا المعنى من تحريم المحلل اهـ. من أول شرح كتاب الصلح من التلقين ص: (**وجاز عن دين بما يباع به**) ش: هذا إذا كان المأخوذ من غير الجنس، وأما إذا أخذ عن دين من جنسه فإنه يجوز أن يأخذ عنه أقل منه ولا يجوز بيعه بأقل

الحق لأحدهما. المتيطي: لا يجوز الصلح على سكنى دار أو خدمة عبد (**وعلى بعضه هبة**) تقدّم نص ابن شاس إن صالح عن بعضه فهو إبراء (**وجاز عن دين بما يباع به**) ابن شاس: الصلح عن الدين كبيع الدين. ابن يونس: تقدم من قول مالك أن الصلح بيع من البيوع، وسواء كان على الإقرار أو على الإنكار. قال ابن القاسم: وإن ادعيت على رجل بدين فأنكر فصالحته منه على ثياب موصوفة لم يجز لأنه دين بدين، وإن صالحته منه على عشرة أرطال من لحم شاة وهي حية لم يجز. قال ابن القاسم: ومن استهلك لك بعيراً لم يجز أن تصالحه على بعير مثله إلى أجل لفسخك ما وجب لك من القيمة في بعير، وكذلك إن استهلك لك متاعاً فصالحته على طعام أو عرض مؤجل لم يجز لفسخك ما وجب لا من القيمة في ذلك. ولو صالحته على دنانيرِ مؤجلة فإن كانت أكثر من القيمة لم يجز، وإن كانت كالقيمة فأدنى وكان ما استهلك مما يباع بالدنانير بالبلد جاز، ويجوز على دراهم نقداً أو على عرض نقداً بعد معرفتكما بقيمة المستهلك من الدنانير، ولا يجوز إلى أجل، وإن كان مما يباع بالدراهم جاز الصلح على دراهم مؤجلة مثل القيمة فأدنى، ولا يجوز على دنانير أو عرض إلا نقداً بعد معرفتكما بقيمة المستهلك من الدراهم. وإن شرطتها تأخير ذلك إلى أجل لم يجز، ولو تعجلته بعد الشرط لم يجز لوقوعه فاسداً، وكذلك إن ادعيت أنه استهلك لك غنماً أو متاعاً فالصلح فيه على عين أو عرض يجري على ما وصفنا، ولو لم تفت الغنم أو المتاع ولا تعين جاز صلحك منه على عين أو عرض نقداً أو مؤجلاً إذا وصفت العرض المؤجل وكان مما يجوز أن تسلم فيه عرضك وأجله مثل أجل السلم. وقال ابن القاسم فيمن ذبح لرجل شاة فأعطاه بالقيمة شاة أو بقرة أو فصيلاً، فإن كان لحم الشاة لم يفت لم يجز إذ له أخذها فصار اللحم بالحيوان، وإن فات اللحم فجائز نقداً بعد المعرفة بقيمة الشاة، ولو استهلك له صبرة قمح لا يعرفان كيلها جاز أن يأخذ بالقيمة ما شاء من طعام من غير جنسه أو عرض نقداً، وأما على مكيلة من قمح أو شعير أو سلت فلا يصلح على التحري، وأما على كيل لا يشك أنه أدنى من كيل الصبرة فلا بأس به وكأنه أخذ بعض حقه فلا يبالي أخذ قمحاً أو شعيراً أو سلتاً، يريد ها هنا وإن لم يعرف القيمة انتهى. وعلى هذا ينبني مصالحة الفران والرحوي فيما ابتدل عندهما، وكان سيدي ابن سراج رحمه الله يقول: لا يجوز أن يأخذ ما لا يشك أنه أقل حتى يتحقق أن خبزه أو دقيقه قد أكل لئلا يكون مبادلة بتأخير. وكان يقول: قد تقدم له قرينة الحال أن

وَعَنْ ذَهَبٍ بِوَرِقٍ. وَعَكْسِهِ. إِنْ حَلاَّ، وَعُجِّلَ كَمِائَةِ دِينَارٍ وَدِرْهَمٍ عَنْ مِائَتَيْهِمَا، وَعَلَى الافْتِدَاءِ مِنْ

من جنسه. ص: **(كمائة دينار ودرهم عن مثلهما) ش:** هذه مسألة المدونة. قال أبو الحسن عن ابن يونس: وسواء أخذ منه الدرهم نقداً أو أخذ منه المائة دينار نقداً أو أخره بها لأنه لا مبايعة هنا وإنما هو قضاء وحطيطة فلا تهمة في ذلك، ولو كانت المائة الدينار أو المائة الدرهم لم تحل لم يجز لأنه ضع وتعجل اهـ. ص: **(وعلى الافتداء من يمين) ش:** يعني أن الصلح يجوز على أن يفتدي الشخص من يمين لزمته بالشيء المصالح به اليمين هو نحو قوله في كتاب النذور من المدونة: ومن لزمته يمين فافتدى منها بمال جاز ذلك اهـ. وظاهر ذلك الإطلاق سواء كان يعلم براءته أم لا، وهو ظاهر كلام أبي الحسن فإنه قال في شرح كلام المدونة المتقدم: لا يقال أطعمه ماله بالباطل لأنه يقول دفعت عني الظلم. والأصل في هذا أن الصحابة رضي الله عنهم منهم من افتدى ومنهم من حلف اهـ. وجعل الشارح ما ذكره في التوضيح عن ابن شهاب من أنه إذا علم براءته ولم يحلف وافتدى أنه آثم تقييداً وجزم به شامله وهو غير ظاهر، ولم أر شيئاً يعارض هذا الإطلاق بل رأيت ما يقويه. قال ابن عرفة في كتاب الاستحقاق: وحكمه الوجوب عند تيسر أسبابه في الربع على عدم يمين مستحقه وعلى يمينه مباح كغير الربع لأن الحلف مشقة اهـ. وفي مسائل الأقضية والشهادات من البرزلي: إن من قام له شاهد على حق واحتفت به قرائن يحصل له العلم بقول الشاهد فله أن يحلف ويستحق، ولو ترك الحلف

طعامه قد أكل وقد تقدم من هذا في الأضحية **(وعن ذهب بورق أو عكسه إن حلا وعجل)** ابن الحاجب: يجوز الصلح على ذهب من ورق وبالعكس إذا كانا حالين وعجل. ومن المدونة قال مالك: من لك عليه مائة درهم حالة وهو مقر بها جاز أن تصالحه على خمسين منها إلى أجل لأنك حططته وأخرته، ولا بأس أن تصالحه على دنانير أو عرض نقداً، ولا يجوز فيها تأخير لأنه فسخ دين في دين وصرف مستأخر. قال ابن القاسم: وكذلك إن كان المدعى عليه منكر لأن المدعي إن كان محقاً فلا بأس أن يأخذ من مائة درهم خمسين إلى أجل، وإن أخذ منها عرضاً أو ذهباً إلى أجل لم يصلح لأنه فسخ دراهم في عروض أو دنانير إلى أجل وذلك حرام. وإن كان المدعي مبطلاً لم يجز له أخذ شيء عاجل أو آجل **(كمائة دينار ودرهم عن مثلهما)** انظر هذه العبارة والذي في المدونة: من لك عليه مائة دينار ومائة درهم فصالحته على مائة دينار ودرهم فذلك جائز لأنك أخذت الدنانير قضاء عن دنانيرك وأخذت درهماً من دراهمك وهضمت بقيتها بخلاف التبادل بها نقداً وذلك صرف فلا يجوز ذهب وفضة بمثلهما يداً بيد عدداً ولا مراطلة إذ لكل صنف حصة من الصنفين. ابن يونس: وسواء أخذ منه الدرهم نقداً أو أخره به أو أخذ منه المائة دينار نقداً أو أخره بها لأنه لا مبايعة هنا وإنما هو قضاء وحطيطة فلا تهمة في ذلك، ولو أخذ منه مائة دينار نقداً جاز لأن المائة قضاء والدينار بيع بالمائة درهم. ولو تأخر الدينار لم يجز لأنه صرف مستأخر، ولو نقده الدينار وأخر المائة لم يجز لأنه بيع وسلف. **(وعلى الافتداء من يمين)** من المدونة: من لزمته يمين فافتدى منها بمال جاز. ابن عرفة: قيدها

يَمِينٍ، أَوِ السُّكُوتِ أَوِ الإِنْكَارِ إِنْ جَازَ عَلَى دَعْوَى كُلٍّ. وَعَلَى ظَاهِرِ الْحُكْمِ،

والحالة هذه فليس من إضاعة المال اهـ. ومسائل البيوع منه الشعبي عن ابن الفخار: لا يجوز صلح الوصي عن الأيتام في يمين القضاء حتى يرى العزيمة من المصالح على أنه يحلف، وإن ظهر له على أن الغريم لا يحلف فلا يصالح لذلك لعله لا يحلف، وتعرف عزيمته وعدمها بقرائن الأحوال والإشارات والكلام ونحو ذلك اهـ. وفي مسائل الصلح والمعاوضة والرهون من نوازل ابن رشد: سأله القاضي عياض عن المصالحة عن الغائب هل أجازها أحد؟ فقال: رأيت لبعض من لا يعتد به من الموثقين إذا شهد فيها بالسداد للغائب مثل أن يثبت عليه حق فيلزم مثبته يمين الاستبراء فيدعو إلى المصالحة عنها بما يشهد به بالسداد الفرق بينه وبين المحجور الذي يتفق على جواز الصلح عنه بين إذ المصالحة مبايعة ومعاوضة وذلك سائغ للمحجور دون الغائب. الجواب: تصفحت سؤالك هذا أعزك الله بطاعته ووقفت عليه، ولا يجوز لوكيل الغائب المصالحة عليه إذا لم يفوض ذلك إليه. هذا هو المنصوص عليه في الروايات على علمك، ومن خالف ذلك برأيه من الموثقين فقد أخطأ. ومصالحة الوصي على المحجور عليه بخلاف ذلك كما ذكرت وبالله التوفيق، وقال صاحب المقصد المحمود في تلخيص العقود في الكلام على بيع صاحب المواريث وذكر إذا كان في الورثة زوجة لها كالىء أنها تأخذه بعد ثبوته وجعلها يمين القضاء. ثم قال: وإن كانت قد صالحت الزوجة على إسقاط يمين القضاء. قلت: بعد قولك وأمر بيمنها في ذلك واصطلحت فلانة مع فلان صاحب المواريث والموصى له والوارثين المذكورين على إسقاط يمين القضاء بإسقاطها النصف الكالىء أو ثلثه، وكذا صلحاً صحيحاً ثبت عند القاضي السداد والنظر لجماعة المسلمين اهـ. ص: **(أو السكوت)** ش: قال

غير واحد بمعنى الصلح على الإنكار فيما يجوز وما لا يجوز **(أو السكوت)** عياض: الصلح على ثلاثة أضرب: على إقرار وعلى إنكار وعلى سكوت من المطلوب وهو جائز في الوجوه الثلاثة انتهى. انظر قد نصوا أيضاً أن الصلح يجوز على دعوى مجهولة. قال عياض: فالصلح على الإقرار معاوضة صحيحة وحكم السكوت حكم الإقرار **(أو الإنكار إن جاز على دعوى كل وظاهر الحكم)** عياض: مالك يعتبر في الصلح على الإنكار ثلاثة أشياء: ما يجوز على دعوى المدعي ومع إنكار المنكر وعلى ظاهر الحكم خلافاً لابن القاسم. وقال ابن رشد: اختلف إن انعقد الصلح على حرام في حق أحد المتصالحين دون صاحبه مثل أن يدعي عليه عشرة دنانير فينكره فيها فيصالحه عنها بدراهم إلى أجل لأن المدعي لا يحل له أن يأخذ في عشرة دنانير دراهم إلى أجل، والمدعى عليه جائز أن يصالحه عن يمينه الواجبة عليه بدعواه على دراهم إلى أجل، فهذا أمضاه أصبغ لما رُوي عن علي رضي الله عنه والمشهور أنه يفسخ. قال ابن رشد: واختلف أيضاً إن وقع الصلح بين المتصالحين على وجه ظاهره الفساد ولا يتحقق في جهة واحدة منهما مثل أن يدعي هذا على صاحبه دنانير وكلاهما منكر لصاحبه فيصطلحان أن يؤخر كل واحد منهما صاحبه بما له عليه فيدخله اسلفني وأسلفك، راعى هذا

وَلاَ يَحِلُّ لِلظَّالِمِ. فَلَوْ أَقَرَّ بَعْدَهُ أَوْ شَهِدَتْ بَيِّنَةٌ لَمْ يَعْلَمْهَا أَوْ أَشْهَدَ وَأَعْلَنَ أَنَّهُ يَقُومُ بِهَا

في التوضيح: قال ابن محرز: وإن وقع الحكم على السكوت فيعتبر فيه حكم المعاوضة في الإقرار ويعتبر فيه على مذهب مالك الوجوه الثلاثة التي بيناها في أول الإنكار اهـ. قلت: إذا اعتبر فيه الوجوه الثلاثة التي في الإنكار فقد اعتبر فيه حكم المعاوضة فلا يحتاج إلى قوله: «يعتبر فيه حكم المعاوضة في الإقرار» كما يظهر ذلك بأدنى تأمل، اللهم إلا أن يريد أن حكم المعاوضة معتبر فيه على كل قول ويزيد على مذهب مالك باعتبار الوجوه الثلاثة والله أعلم.
ص: **(فلو أقر بعده)** ش: يعني إذا صالح على الإنكار ثم أقر المنكر بعد الصلح فللمدعي نقض الصلح. قال ابن الحاجب: لأنه مغلوب. قال في التوضيح: لأنه كالمحجور عليه ودل قوله: «فله نقضه» على أن له إمضاءه. ونص سحنون على ذلك اهـ. وفي نوازل سحنون من كتاب الكفالة مسألة مما ينقض فيه الصلح ونصها: وسئل عن الحميل ينكر الحمالة والمتحمل عنه غائب فيصالحه المتحمل له ببعض الحق ثم يقوم المتحمل عنه، أيرجع المتحمل له ببقية الحق أو لا يكون له شيء لرضاه بالصلح؟ قال: بل يرجع فيأخذ ما نقص من حقه ويدفع المتحمل عنه إلى الحميل ما صالح به عن نفسه. قال ابن رشد: حكى ابن حبيب في الواضحة عن مطرف وابن الماجشون أنه لا يرجع عليه ببقية حقه إلا بعد يمينه بالله أنه ما صالح الغريم رضي بالصلح من جميع حقه إلا أن يكون أشهد أنه إنما صالح الحميل لإنكاره الحمالة وأنه على حقه على الغريم، فلا يكون عليه يمين واليمين يمين تهمة فيجري الأمر في ذلك على الاختلاف في لحوق يمين التهمة إلا أن يحقق عليه الغريم الدعوى فيحلف قولاً واحداً اهـ.

فرع: إذا كان الصلح حراماً أو مكروهاً فذكر في التوضيح عن اللخمي ثلاثة أقوال. ونصه اللخمي: واختلف في الصلح الحرام أو المكروه فقال مطرف في كتاب ابن حبيب: إن كان الصلح حراماً صراحاً فسخ أبداً فيرد إن كان قائماً، والقيمة إن كان فائتاً، وإن كان من

مالك فمنع، ولم يراعه ابن القاسم فأجاز. وانظر في نوازل البرزلي إذا أشهدا على أنفسهما بالرجوع عن صلح أنه لا يصح هذا الرجوع لأنه رجوع عن معلوم بمجهول. وله أيضاً في كتاب الحدود والصلح على الإنكار لا ينقض. ابن عات: الصلح عند مالك ليس ببيع بل هو أصل في نفسه كما أن البيع أصل في نفسه ولا يقاس أصل على أصل وإنما تقاس الأصول على الفروع **(ولا يحل لظالم)** من المدونة: الصلح على الإنكار جائز. ابن عرفة: باعتبار نقده وفي باطن الأمر إن كان الصادق المنكر فالمأخوذ منه حرام وإلا فحلال، فإن وفى بالحق برىء وإلا فهو غاصب في الباقي، وانظر بقي الصلح على دعوى مجهولة قال المتيطي: يعقد فيما قام فلان على فلان يزعم أن له قبله حقاً لا يعرف قدره ولا مبلغه، ثم إن فلاناً المدعى عليه خشي أن يكون للقائم علقة فيما خلا أو حق فيما سلف، وإن كان لا يعرف شيئاً من ذلك فرأى أن يتحلل من دعواه بأن يدفع له كذا فرضي بذلك فلان القائم وقطع حجته وأسقط التبعة **(فلو أقر بعده أو شهدت بينة لم يعلمها أو شهدوا على أنه يقوم بها أو**

أَوْ وَجَدَ وَثِيقَةً بَعْدَهُ فَلَهُ نَقْضُهُ: كَمَنْ لَمْ يُعْلِنْ أَوْ يُقِرَّ سِرًّا فَقَطْ عَلَى الأَحْسَنِ فِيهِمَا،

الأشياء المكروهة مضى. وقال ابن الماجشون: إن كان حراماً فسخ أبداً، وإن كان مكروهاً فسخ بحدثان وقوعه، فإن طال أمده مضى. وقال أصبغ: يجوز حرامه ومكروهه وإن كان بحدثان وقوعه. خليل: لعل المراد بالحرام المتفق على تحريمه وبالمكروه المختلف فيه اهـ. وما ذكره عن أصبغ من عدم الفسخ مخالف لما ذكره فوقه عن ابن رشد من الاتفاق على فسخه ونصه: فلو ادعى على رجل دراهم وطعاماً من بيع فاعترف البائع بالطعام وأنكر الدراهم فصالحه على طعام مؤجل أكثر من طعامه أو اعترف له بالدراهم وصالحه على دنانير مؤجلة أو دراهم أكثر من دراهمه، فحكى ابن رشد الاتفاق على فساده وفسخه لما في ذلك من السلف بزيادة والصرف المؤخر اهـ. فتأمله والله أعلم.

تنبيه: وأما إذا وقع الصلح على وجه جائز وأراد نقضه والرجوع إلى الخصومة لم يجز ذلك لما فيه من الانتقال عن المعلوم إلى مجهول. اهـ من شرح الرسالة للقلشاني **ص: (أو وجد وثيقة بعده) ش**: يريد وقد ذكر ضياعها عند صلحه كما قاله في التوضيح. **ص: (كمن لم يعلن أو يقر سراً) ش**: تصوره ظاهر.

تنبيه: إذا أشهد في عقد الصلح أنه أسقط الاسترعاء والاسترعاء في الاسترعاء وكان أشهد أنه إن فعل ذلك فإنما يفعله للضرورة إلى ذلك، فنقل ابن رشد في اللباب في كتاب الصلح أن ذلك ينفعه، والذي نقله ابن عرفة عن المتيطي أنه لا ينفعه، ونقل ابن غازي كلام

وجد وثيقة بعده فله نقضه) أما المسألة الأولى والثانية ففي المدونة قلت: من ادعى داراً في يد رجل فأنكر فصالحه المدعي على مال أخذه منه ثم أقر له المطلوب؟ قال: قال مالك فيمن ادّعى قبل رجل مالاً فأنكره فصالحه من ذلك على شيء أخذه منه ثم وجد بينة لم يعلم بها فله القيام ببقية حقه. ابن يونس: يريد فكذلك هذا له القيام عليه بما أقر به، ولا يعارض هذا بقول مالك فيمن صالح في غيبة بينته أو جهله بها أنه لا شيء له إذا وجدها، لأن خصم هذا مقيم على الإنكار وخصم الآخر مقر بالظلم. قال سحنون في الذي أقر له بالدار بعد الصلح أن الطالب مخير فإن شاء تماسك بصلحه، وإن شاء رد ما أخذ أو أخذ الدار. ابن يونس: وهذا تفسير لقول ابن القاسم، وأما المسألة الثالثة إذا أشهدوا على أنه يقوم بها فقال ابن القاسم: إن كانت بينته بعيدة الغيبة جداً وأشهد أنه إنما يصالح لذلك فله القيام بها. ابن يونس: ينبغي أن لا يختلف في هذا إذا أعلن بالشهادة كما إذا قال للحاكم أحلفه حتى تأتي بينتي، وأما إذا لم يعلن بالشهادة وإنما أشهد سراً أنه إنما يصالحه لغيبة بينته فهذا يدخله الخلاف. وأما المسألة الرابعة إذا وجد وثيقته بعد الصلح فقال ابن يونس: لا خلاف فيمن صولح على الإنكار ثم أقر ولا فيمن صولح على الإنكار وذكر ضياع صكه ثم وجده بعد الصلح أن له القيام في المسألتين **(كمن لم يعلن أو يقر سراً فقط على الأحسن)** مقتضى ما قرر أن هذا فرع واحد فانظر قوله. وقال

لاَ إِنْ عَلِمَ بِبَيِّنَتِهِ وَلَمْ يُشْهِدْ، أَوْ ادَّعَى ضَيَاعَ الصَّكِّ، فَقِيلَ لَهُ: حَقُّكَ ثَابِتٌ بِهِ فَائِتٌ بِهِ، فَصَالَحَ ثُمَّ وَجَدَهُ. وَعَنْ إِرْثِ زَوْجَةٍ مِنْ عَرْضٍ وَوَرِقٍ وَذَهَبٍ بِذَهَبٍ مِنَ التَّرِكَةِ قَدْرَ مَوْرُثِهَا مِنْهُ فَأَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ. إِنْ قَلَّتِ الدَّرَاهِمُ.

ابن عرفة هنا ونقل عن ابن رشد في البيان نحوه، وذكر ابن فرحون في الباب الخامس والثلاثين من التبصرة في ذلك خلافاً فانظره. ص: **(وعن إرث زوجة من عرض الخ)** ش: كذا فرضها في المدونة في مصالحة الزوجة فقال أبو الحسن: هذا باب صلح أحد الورثة وذكر هنا صلح الزوجة، وإن كان قد تصالح البنت وغيرها من الورثة، وإنما ذكر الزوجة لأنها في الغالب التي

سحنون: من له قبل رجل دين جحده وأقر له سراً فصالحه ثم قام عليه، فإن كان أشهد سراً أني إنما أصالحه لأنه جحدني ولا أجد بينة فإن وجدت قمت عليه فذلك له إن أشهد بذلك قبل الصلح. ابن يونس: وهذا أحسن والظالم أحق أن يحمل عليه خلافاً لابن عبد الحكم اهـ. ووقع لأصبغ: إشهاد السر لا ينفع إلا على الذي لا ينتصف منه مثل السلطان والرجل القاهر **(لا إن علم ببينة ولم يشهد)** من المدونة قال مالك: إن كان الذي صالح عالماً ببينة في حين الصلح فلا قيام له ولو كانت غائبة **(أو ادّعى ضياع الصك فقيل له حقك ثابت فائت به فصالح ثم وجده)** مطرف: لو أن الذي ضاع صكه قال له غريمه حقك ثابت فائت بالصك فامحه وخذ حقك فقال قد ضاع أنا أصالحك فيفعل ثم يجد ذكر الحق فلا رجوع له. ابن يونس: لأن غريمه مقر أنه إنما صالحه للاستعجال ففرق بين هذا وبين الصلح على الإنكار وقد قال مالك: إذا تعدى المكتري المسافة فضلت الدابة وغرم قيمتها ثم وجدت فقال للمكري لو شاء لم يعجل **(وعن إرث زوجة من عرض وورق وذهب بذهب من التركة قدر موروثها منه بأقل)** من المدونة قال ابن القاسم: من مات عن ولد وزوجة وترك دنانير ودراهم حاضرة وعروضاً حاضرة وغائبة وعقاراً فصالح الولد الزوجة على دراهم من التركة، فإن كانت قدر مورثها من الدراهم فأقل جاز، وإن كانت أكثر لم يجز لأنها باعت عروضاً حاضرة وغائبة ودنانير بدراهم نقداً وذلك حرام، وإن صالحها الولد على دنانير أو دراهم من غير التركة، قلت أو كثرت، لم يجز. فأما على عروض من ماله نقداً فجائز بعد معرفتها بجميع التركة وحضور أصنافها وحضور من عليه العرض وإقراره، يريد والعرض الذي أعطاها مخالف للعرض الذي على الغرماء قال: فإن لم يقفا على معرفة ذلك كله لم يجز. انظر قوله «بعد معرفتهما بجميع التركة» فإن جهلاها أو أحدهما فبين الوجهين فرق. انظر رسم الكبش من سماع يحيى من الدعاوى والصلح **(أو كثرت إن قلت الدراهم)** ابن عرفة: صلح الوارث بقدر حظه في صنف ما أخذه واضح لأنه لما سواه واهب وبزائد عن حظه فيه بائع حظه في غيره بالزائد فيعتبر البيع والصرف وتعجل قبض ما معه وشرط بيع الدين بحضور المدين وإقراره. وعبارة المدونة: إن ترد دنانير ودراهم وعروضاً وذلك كله حاضر لا دين فيه ولا شيء غائب فصالحها الولد على دنانير من التركة، يريد أكثر من حظها من الدنانير فذلك جائز إن كانت الدراهم يسيرة. اللخمي: يعني إن كانت الدنانير في المسألة المذكورة ثمانين فأعطى الولد والزوجة عشرة دنانير من تلك الدنانير فأقل جاز، واختلف إذا أعطوها العشرة من أموالهم فمنعه ابن القاسم ورآه رباً وكأنها

لاَ مِنْ غَيْرِهَا مُطْلَقاً إِلاَّ بِعَرْضٍ إِنْ عَرَفَ جَمِيعَهَا وَحَضَرَ، وَأَقَرَّ الْمَدِينُ وَحَضَرَ، وَعَنْ دَرَاهِمَ وَعَرْضٍ تُرِكَا بِذَهَبٍ: كَبَيْعٍ وَصَرْفٍ، وَإِنْ كَانَ فِيهَا دَيْنٌ فَكَبَيْعِهِ، وَعَنِ الْعَمْدِ بِمَا قَلَّ وَكَثُرَ لا غَرَرٍ

تصالح لأن رابطتها بالسبب وغيرها بالنسب، ومسألة مصالحة أحد الورثة مشكلة لأنها يعتبر فيها الفساد من جهتي الربا والغرر وله طرق اهـ. ص: **(إن عرفا جميعها)** ش: هذا نحو قول المدونة المتقدم: فإن عرفت هي وجميع الورثة مبلغ التركة. قال ابن ناجي في شرح المدونة: وظاهر قولها: «مبلغ التركة» يتناول أنهم لو اتفقوا على أنهم اطلعوا على جميع التركة ولم ينصوا عليها بالتسمية أنه كافٍ، وأفتى شيخنا رحمه الله غير ما مرة بعدم الجواز إلا مع التسمية وهو بعيد اهـ. ص: **(لا غرر)** ش: لما ذكر أن دم العمد يجوز الصلح عنه بما قل أو كثر، نبه على أنه لا يجوز الصلح عنه بما فيه غرر، وهذا مذهب ابن القاسم في المدونة خلافاً لابن نافع. قال في كتاب الصلح منها: ولا يجوز الصلح من جناية عمد على ثمرة لم يبد صلاحها، فإن وقع ذلك ارتفع القصاص ومضى بالدية كما لو وقع النكاح بذلك وفات بالبناء قضى بصداق المثل. وقال غيره: يمضي ذلك إذا وقع وهو بالخلع أشبه لأنه أرسل من يده بالغرر ما كان له أن يرسله بغير عوض وليس كمن أخذ بضعاً ودفع فيه غرراً اهـ. قال أبو الحسن: الغير هنا ابن نافع. وقوله: «عمداً» ليس بشرط، وكذلك الخطأ. وإنما ذكر العمد لئلا يتوهم أنه غير مال فيجوز فيه الغرر من الآبق والشارد والجنين وما في معناها. واعترض على تعليل ابن نافع بأنه يلزمه في سائر التصرفات لأنه يجوز له أن يهب متاعه بلا عوض اهـ بالمعنى. وحمل كلام

باعت نصيبها من الدنانير والدراهم والعروض بهذه العشرة، وإن أخذت من الدنانير التي خلفها الميت أحد عشر ديناراً جاز لأن صرفاً وبيعاً في دينار واحد جائز **(لا من غيرها مطلقاً إلا بعرض إن عرف جميعها وحضر وأقر المدين وحضر)** تقدم نص المدونة بهذا عند قوله «وعن إرث زوجة» **(وعن دراهم وعرض تركا بذهب كبيع وصرف)** من المدونة قال ابن القاسم: إن ترك دراهم وعروضاً فصالحها الولد على دنانير من ماله، فإن كانت الدراهم يسيرة حظها منها أقل من صرف دينار جاز إن لم يكن في التركة دين، وإن كان في حظها منها صرف دينار فأكثر لم يجز **(وإن كان فيها دين فكبيعه)** من المدونة: وإذا كان في التركة دين وإن دنانير أو دراهم لم يجز الصلح على دنانير أو دراهم نقداً من عند الولد، وإن كان الدين حيواناً أو عروضاً من بيع أو قرض أو طعاماً من قرض لا من سلم فصالحها الولد من ذلك على دنانير أو دراهم عجلها لها من عنده فذلك جائز إذا كان الغرماء حضوراً مقرين ووصف ذلك كله **(وعن العمد بما قل أو كثر)** من المدونة: كل ما وقع به الصلح من دم عمد أو جرح عمد مع المجروح أو مع أوليائه بعد موته فذلك لازم، كان أكثر من الدية أضعافاً أو أقل من الدية، لأن دم العمد لا دية فيه إلا ما اصطلح لازم عليه. وإذا وجب لمريض على رجل جراحة عمد فصالحه في مرضه على أقل من الدية أو من أرش تلك الجراحة ثم مات من مرضه فذلك جائز لازم إذ للمقتول العفو عن دم العمد في مرضه وإن لم يدع مالاً **(لا غرر)** من المدونة: لا يجوز الصلح من

كَرِطْلٍ مِنْ شَاةٍ وَلِذِي دَيْنٍ: مَنْعُهُ مِنْهُ، وَإِنْ رُدَّ مُقَوَّمٌ بِعَيْبٍ، أَوْ اسْتُحِقَّ رُجِعَ بِقِيمَتِهِ كَنِكَاحٍ، وَخُلْعٍ، وَإِنْ قَتَلَ جَمَاعَةٌ، أَوْ قَطَعُوا جَازَ صُلْحُ كُلٍّ، وَالعَفْوُ عَنْهُ. وَإِنْ صَالَحَ مَقْطُوعٌ، ثُمَّ نُزِيَ فَمَاتَ: فَلِلْوَلِيِّ لاَ لَهُ رَدُّهُ، وَالْقَتْلُ بِقَسَامَةٍ: كَأَخْذِهِمْ الدِّيَةَ فِي الْخَطَإِ،

المصنف على أنه أراد أن من ادعى ديناً لا يجوز أن يصالح بغرر ليس فيه كبير فائدة لأن ذلك معلوم من قوله أول الباب أن ذلك بيع. ص: **(ورطل من شاة) ش:** قال الشارح: وظاهر كلام الشيخ سواء كانت الشاة حية أو مذبوحة، وظاهر كلام المدونة يخالفه لتقييده المنع بما إذا كانت حية اهـ. وتبع في الشامل ما في المختصر: وهو صواب. وقد قال المشذالي في حاشية المدونة: قوله يعني في المذبوحة حية لا مفهوم له لمنعه بيعها قبل السلخ في التجارة والإجارة اهـ. وأصله للشيخ أبي الحسن ونصه: انظر قوله: «حية» مفهومه لو كانت بعد الذبح جاز وليس كذلك. قال في التجارة إلى أرض الحرب: وأما شراء لحم هذه الشاة مطلقاً فلا يجوز لأنها في ضمان البائع. وقال أيضاً: لا يجوز أن يجعل بيعه رطلين من لحم شاة قبل ذبحها وسلخها، وقال في الجعل: ولا يجوز أن تبيع لحم شاة حية أو مذبوحة أو لحم بعير كل رطل بكذا من حاضر أو مسافر اهـ. ص: **(ورجع بقيمته) ش:** والقيمة يوم الصلح. قاله أبو الحسن الصغير ص: **(وإن صالح مقطوع ثم نزي فمات إلى قوله الدية في الخطأ) ش:** قال في كتاب الصلح من المدونة: ومن قطعت يده عمداً فصالح القاطع على مال أخذه ثم نزي فيها فمات، فللأولياء أن يقسموا ويقتلوا ويرد المال ويبطل الصلح، وإن أبوا أن يقسموا كان لهم المال الذي أخذوا في قطع اليد. وكذلك لو كانت موضحة خطأً فلهم أن يقسموا ويستحقوا الدية على العاقلة

جناية للعمد على ثمرة لم يبد صلاحها فإن وقع ذلك ارتفع القصاص وقضى بالدية **(كرطل من شاة)** تقدم نص ابن القاسم بهذا عند قوله: «وجاز عن دين» **(ولذي دين منعه منه)** من المدونة: من جنى جناية عمداً وعليه دين يحيط بماله فأراد أن يصالح عنها بمال يعطيه من عنده ويسقط القصاص عن نفسه فللغرماء رد ذلك **(وإن رد مقوم بعيب رجع بقيمته كنكاح وخلع)** من المدونة قال ابن القاسم: من صالح عن دم عمد أو خالع على عبد فذلك جائز، وإن وجد بالعبد عيباً يرد من مثله في البيوع فردّه رجع بقيمة العبد صحيحاً إذ ليس للدم والطلاق قيمة يرجع بها وكذلك النكاح في هذا **(وإن قتل جماعة أو قطعوا جاز صلح كل والعفو عنه)** انظر هذه العبارة والذي في المدونة. قال ابن القاسم: إذا قطع جماعة يد رجل أو جرحوه عمداً فله صلح أحدهم والعفو عمن شاء منهم والقصاص ممن شاء، وكذلك الأولياء في النفس. وروى يحيى عن ابن القاسم: من قتل رجلين عمداً وثبت ذلك عليه فصالح أولياء أحدهما على الدية وعفوا عن دمه، وقام أولياء الآخر بالقود فلهما القود. فإن استقادوا بطل الصلح ورجع المال إلى ورثته لأنه إنما صالحهم على النجاة **(وإن صالح مقطوع ثم نزي فللولي لا له ردّه والقتل بقسامة كأخذهم الدية في الخطأ)** أما مسألة الولي فمن المدونة قال ابن القاسم: من قطعت يده فصالح القاطع على مال أخذه ثم نزي فيها فمات فلأوليائه أن يقسموا أو

وَإِنْ وَجَبَ لِمَرِيضٍ عَلَى رَجُلٍ جَرْحٌ عَمْداً فَصَالَحَ فِي مَرَضِهِ بِأَرْشِهِ أَوْ غَيْرِهِ، ثُمَّ مَاتَ مِنْ مَرَضِهِ: جَازَ وَلَزِمَ، وَهَلْ مُطْلَقاً، أَوْ إِنْ صَالَحَ عَلَيْهِ، لاَ مَا يَؤُولُ إِلَيْهِ؟ تَأْوِيلاَنِ.

ويرجع الجاني فيأخذ ماله ويكون في العقل كرجل من قومه، ولو قال قاطع اليد للأولياء حين نكلوا عن القسامة قد عادت الجناية نفساً فاقتلوني وردوا المال فليس له ذلك، ولو لم يكن صالح وقال لهم ذلك وشاء الأولياء قطع اليد ولا يقسموا فذلك لهم وإن شاؤا قسموا وقتلوه اهـ. وإلى قوله: «ولو قال القاطع إلى آخره» أشار المصنف بقوله «لا له». وقوله: في المدونة: «نزي» قال أبو الحسن أي تزايد وترامى إلى الهلاك، وأصله من زيادة جريان الدم. وقد أعاد المصنف هذه المسألة في باب الجنايات فقال: فإن عفا عن جرحه أو صالح فمات فلأوليائه القسامة والقتل ويرجع الجاني فيما أخذ منه. وهناك ذكرها ابن الحاجب وتكلم عليها في التوضيح. وهذا إذا وقع الصلح على الجرح دون ما ترامى إليه، وفي المسألة ثلاثة أقوال: أحدها هذا، والثاني أنه ليس لهم التمسك بالصلح لا في الخطأ ولا في العمد، والثالث الفرق بين العمد فيخيرون فيه والخطأ فلا يخيرون وليس لهم التمسك به. وذكر هذه الأقوال ابن رشد في رسم أسلم من سماع عيسى من كتاب الديات، وعزا الثالث لابن القاسم في المدونة، ونقل كلامه المصنف وابن عرفة في الجنايات.

قلت: ونص المدونة المتقدم كالمقول لها خلاف ما عزا لها ابن رشد فتأمله. قال: وأما إذا صالح على الجرح وما ترامى إليه فقلل ابن رشد في الرسم المذكور: فيه تفصيل: أما جرح الخطأ الذي دون الثلث كالموضحة فلا خلاف أن الصلح فيها على ما ترامت إليه من موت أو غيره لا يجوز، لأنه إن مات كانت الدية على العاقلة فهو لا يدري يوم صالح ما يجب عليه، وإن وقع الصلح على ذلك فسخ متى عثر عليه واتبع فيه مقتضى حكمه لو لم يكن صلح، فإن برأ كانت عليه دية الموضحة، وإن مات كانت الدية على العاقلة بقسامة، وإن بلغ الجرح ثلث الدية ففيه قولان: أحدهما أنه لا يجوز وهو قوله في هذه الرواية وظاهر ما حكى ابن حبيب في

يقتلوا أو يؤدوا المال ويبطلوا الصلح، وإن أبوا أن يقسموا كان لهم المال الذي أخذه في قطع اليد. وكذلك لو كانت موضحة خطأ فلهم أن يقسموا ويستحقوا الدية على العاقلة ويرجع الجاني فيأخذ ماله أو يكون في العقل كرجل من قومه. ابن يونس: ولو صالحوا بمال على الجرح وعلى ما ترامى إليه فقيل: إن ذلك جائز، وقيل: لا يجوز لأنه غرر. وأما مسألة القاطع ففي المدوّنة: لو قال قاطع اليد للأولياء حين نكلوا عن القسامة قد عادت نفساً فاقتلوني وردوا مالي إلي فليس ذلك له **(وإن وجب لمريض على رجل جرح عمداً فصالح في مرضه بأرشه أو غيره ثم مات من مرضه جاز ولزم)** تقدم قبل قوله: «لا غرر» **(وهل مطلقاً أو إن صالح عليه لا مما يؤول إليه تأويلان)** تقدم قول ابن يونس: يجوز، وقيل: لا يجوز لأنه غرر. وقال عياض: قوله في الذي صالح جارحه في مرضه ثم مات أن ذلك جائز، تأوله غير واحد على مسألة الصلح من الجراحة فقط لا بما يؤول إليه من النفس. وتأولها

الواضحة، والثاني أنه جائز. وأما جرح العمد فما فيه القصاص فالمصالحة فيه على وضع الموت جائزة على ظاهر ما في الصلح من المدونة، وما نص عليه ابن حبيب في الواضحة خلاف ما في هذه الرواية والجواز فيها أظهر، لأنه إذا كان للمقتول أن يعفو عن دمه قبل موته جاز أن يصالح عنه بما شاء، وأما جراح العمد التي لا قصاص فيها فلا يجوز الصلح فيها على الموت. حكاه ابن حبيب في الواضحة، ولا أعرف فيها نص خلاف. وأما الصلح فيها على الجرح دون الموت فأجازه ابن حبيب فيما له دية مسماة كالمأمومة والمنقلة والجائفة. قال في موضع واحد: إن الصلح فيها جائز على ما ترامى إليه مما دون النفس. وقال في موضع آخر: لا يجوز فيه إلا بعينه لا على ما ترامى إليه من زيادة، ولم يجز الصلح فيما لا دية له مسماة إلا بعد البرء، فهذا تحصيل الخلاف في هذه المسألة. اهـ. ملخصاً من الرسم المذكور، ونقله في التوضيح في كتاب الجنايات برمته، ونقله أيضاً ابن عرفة هناك، ونقله في الشامل هناك أيضاً مختصراً. وبهذا يعلم أن قول المصنف: «وإن وجب لمريض على رجل جرح عمداً فصالح في مرضه بأرشه أو غيره ثم مات من مرضه جاز ولزم، وهل مطلقاً أو إن صالح عليه لا ما يؤل إليه تأويلان» ليس معارضاً للمسألة الأولى لأن المسألة الأولى وقع الصلح فيها على الجرح فقط ثم نزي فيه ومات منه. وهذه المسألة تكلم فيها على أن الصلح إذا وقع من المريض على جرحه عمداً ومات من مرضه لا من الجرح أن الصلح جائز لازم، ولا يقال هذا صلح وقع من المريض فينظر فيه هل فيه محاباة أم لا. ثم نبه على أن هذا الصلح هل هو جائز مطلقاً أي سواء صالح المريض على الجرح فقط دون ما يؤل إليه، أو صالح عليه وعلى ما يؤل إليه، أو إنما يجوز صلحه إذا كان على الجرح فقط، وأما إن صالح على الجرح وعلى ما يؤل إليه فلا يصح الصلح تأويلان. فعلى هذا التأويل الثاني إن وقع الصلح على الجرح فقط جاز، فإن مات من مرضه لزم الصلح الورثة، وإن ترامى في الجرح. فمات فالحكم ما تقدم في المسألة الأولى، وإن صالح عليه وعلى ما يؤل إليه فالصلح باطل ويعمل فيها بمقتضى الحكم ولو لم يكن صلح. وعلى التأويل الأول يجوز الصلح مطلقاً إن وقع الصلح على الجرح فقط. فالحكم فيه ما تقدم إن مات من مرضه لزم الصلح، وإن ترامى فيه فكما تقدم. وإن صالح عليه وعلى ما يؤول إليه لزم الصلح. وإن نزي فيه ومات منه فلا كلام للأولياء. وليس معنى هذا القول أنه إذا صالح على الجرح فقط ثم نزي فيه ومات أن الصلح لازم للورثة إذ لم يقل بذلك أحد فيما علمت والله أعلم. وهذه المسألة أيضاً في كتاب الصلح من المدونة والتأويلان ذكرهما عياض في التنبيهات ونص المدونة قبل المسألة التي ذكرناها أولاً. وإذا وجب لمريض على رجل جراحة عمداً فصالح في مرضه على أقل من الدية أو من أرش تلك الجراحة ثم مات من مرضه، فذلك جائز لازم إذ للمقتول العفو عن دم العمد في مرضه وأن يدع مالاً اهـ. قال عياض: تأولها الأكثر على أن الصلح على الجراحة فقط لا على الموت. وتأولها ابن العطار على مآل الموت. ونقل ابن عرفة التأويلين في

وَإِنْ صَالَحَ أَحَدُ وَلِيَّيْنِ، فَلِلآخَرِ الدُّخُولُ مَعَهُ، وَسَقَطَ القَتْلُ كَدَعْوَاكَ صُلْحَهُ فَأَنْكَرَ، وَإِنْ صَالَحَ مقِرٌّ بِخَطَإٍ بِمَالِهِ: لَزِمَهُ، وَهَلْ مُطْلَقاً أَوْ مَا دَفَعَ؟ تَأْوِيلاَنِ؛

كتاب الجنايات بعد كلام ابن رشد المتقدم، وكلام ابن رشد المتقدم يدل على أنه تأول المدونة على ما تأولها ابن العطار والله أعلم. ص: **(وإن صالح أحد الوليين فللآخر الدخول معه وسقط القتل)** ش: يعني أن من قتل عمداً وله وليان فصالح أحدهما عن حصته بالدية كلها أو أكثر منها، فللولي الآخر أن يدخل معه فيما صالح به بأن يأخذ نصيبه من القاتل على حساب دية العمد ويضمه إلى ما صالح به صاحبه ويقتسمون الجميع لأنه هو المصالح به كما ذكر ذلك ابن عبد السلام في باب الديات. وله أن يترك للمصالح ما صالح به ويتبع القاتل بحصته من دية عمد. هذا قول ابن القاسم. وقال غيره: إن من صالح على شيء اختص به وهذا القول الثاني في المدونة أيضاً قال فيها: ومن قتل رجلاً عمداً له وليان فصالح أحدهما على عرض أو قرض، فللآخر الدخول معه ولا سبيل إلى القتل. وقال غيره: إن صالح بحصته على أكثر من الدية أو على عرض قل أو كثر، فليس له غيره وإن لم يكن لصاحبه على القاتل إلا بحساب ديته اهـ. قال في التوضيح في كتاب الجنايات: قال ابن عبد السلام: ولو عفا البعض عن جميع الدية فللباقين نصيبهم على حساب دية عمد ثم يضمون كلهم ما خصل لهم ويقتسموه كأنهم اجتمعوا على الصلح به اهـ. ص: **(وإن صالح مقر بخطأ بمال لزمه وهل مطلقاً أو ما دفع تأويلان)** ش: اعلم أنه اختلف فيمن أقر بقتل خطأ على أربع روايات ذكرها في التوضيح قال: وحكاها في الجلاب: الأولى منها أنه إن اتهم أن يكون أراد غنى ولد المقتول كالأخ والصديق لم يصدق، وإن كان من الأباعد صدق، وإن كان ثقة مأموناً ولم يخف أن يرشي على ذلك ثم تكون الدية على العاقلة بقسامة، فإن لم يقسموا فلا شيء لهم. الرواية الثانية أنه على المقر في ماله بقسامة. الثالثة لا شيء عليه وعلى عاقلته، الرابعة تفض عليه وعلى عاقلته فما أصابه غرمه وما أصاب العاقلة سقط عنه اهـ كلام التوضيح: وما ذكره في الرواية الثانية أنها

ابن العطار على أنها على الجرح والنفس معاً **(وإن صالح أحد وليين فللآخر الدخول معه وسقط القتل)** من المدونة: من قتل رجلاً عمداً له وليان فصالحه أحدهما على فرض أو عرض فللولي الآخر الدخول معه في ذلك ولا سبيل إلى القتل. ابن يونس: الفرض العين **(كدعواك صلحه فأنكر)** من المدونة قال ابن القاسم: ومن وجب لك عليه دم عمد أو جراحة فيها قصاص فادعيت أنك صالحته على مال فأنكر الصلح فليس لك أن تقتص منه ولك عليه اليمين أنه ما صالحك. **(وإن صالحك مقر بخطأ بماله لزمه)** من المدونة: لو أقر بقتل خطأ ولم تقم بينة فصالح الأولياء على مال قبل أن تلزم الدية العاقلة بقسامة وظن أن ذلك يلزمه فالصلح جائز لازم. ابن يونس: جعل صلحه كحكم حاكم عليه بالدية في ماله فلا ينقض للاختلاف فيه **(وهل مطلقاً أو ما دفع تأويلان)** قال أبو عمران: ليس في المدونة بيان إذا صالح هل له الرجوع أو لا رجوع له والصلح لازم، وذهب ابن محرز أنه إنما يلزمه

لاَ إِنْ ثَبَتَ، وَجَهِلَ لُزُومَهُ، وَحَلَفَ، وَرُدَّ، إِنْ طُلِبَ بِهِ مُطْلَقاً، أَوْ طَلَبَهُ وَوُجِدَ، وَإِنْ صَالَحَ أَحَدُ وَلَدَيْنِ وَارِثَيْنِ، وَإِنْ عَنْ إِنْكَارٍ؛ فَلِصَاحِبِهِ الدُّخُولُ: كَحَقٍّ لَهُمَا فِي كِتَابٍ، أَوْ مُطْلَقٍ

على المقر في ماله بقسامة ليس في الجلاب فيها ذكر القسامة والذي فيه إنما هو أن الدية كلها واجبة عليه في ماله. هذا لفظه. ونقله ابن عرفة عنه أيضاً بغير لفظ القسامة فتأمله مع نقله عنه في التوضيح والله أعلم. إذا علم ذلك فما ذكره المؤلف أنه إذا صالح المقر بالخطأ بماله لزم الصلح هذا على القول بأن المقر بالخطأ لا تلزمه الدية وإنما تكون على العاقلة بقسامة إذا لم يتهم المقر بأنه أراد غنى ورثة المقتول. وهذا القول هو الذي اقتصر عليه في ديات المدونة، واقتصر عليه ابن الحاجب في كتاب الديات. قال في كتاب الصلح من المدونة: ولو أقر الرجل بقتل خطأ ولم تقم بينة فصالح الأولياء على مال قبل أن تلزم الدية العاقلة بقسامة وظن أن ذلك يلزمه، فالصلح جائز. وقد اختلف عن مالك في الإقرار بالقتل خطأ فقيل على المقر في ماله، وقيل على العاقلة بقسامة في رواية ابن القاسم وأشهب اهـ. واختلف الشيوخ في تأويل المدونة فتأولها

ما دفع لا ما لم يدفع **(لا إن ثبت وجهل لزومه وحلف ورد إن طلب به مطلقاً أو طلبه ووجد)** من المدونة قال مالك: والقاتل خطأ إذا صالح الأولياء على مال نجموه عليه فدفع إليهم نجماً ثم قال: ظننت أن الدية تلزمني دون العاقلة فذلك له ويوضع عنه ويتبع أولياء المقتول العاقلة. قال ابن القاسم: ويرد عليه أولياء القتيل ما أخذوا منه إذا كان يجهل ذلك. ابن يونس: قال جماعة من أصحابنا: وعليه اليمين أنه ظن أن الدية تلزمه قالوا: وينظر فيما دفع في الصلح فإن كان قائماً أخذه، وإن فات فإن كان هو الطالب للصلح فلا شيء له قبلهم كمن عوض من صدقة وقال: ظننته يلزمني، وإن كان مطلوباً بالصلح فإنه يرجع على الأولياء بمثل ما دفع إليهم أو بقيمته إن كان مما يقوم **(وإن صالح أحد ولبين وارثين وإن عن إنكار فلصاحبه الدخول كحق لهما في كتاب أو مطلق)** من ابن يونس: القضاء إن كان ذكر حق لرجلين بكتاب واحد فإن ما اقتضى أحدهما يدخل فيه الآخر، وكذلك الوارثان يصالح أحدهما رجلاً قد كان عامله وليهم وهو مقر بما ادعى عليه من دين الميت أو منكر فإن لصاحبه الدخول معه فيما صالحه به ثم يكون بقية الدين بينهما. قال مالك: وكل شريكين لهما ذكر حق بكتاب أو بغير كتاب إلا أنه من شيء كان بينهما فباعاه في صفقة بمال أو عرض يكال أو يوزن أو كان ذلك الحق من شيء اقتضاه من عين أو طعام أو غيره مما يكال أو يوزن أو ورثا هذا الذكر الحق، فإن ما قبض منه أحدهما يدخل فيه الآخر. وكذلك إن كانوا جماعة فإنه يدخل فيه بقية إشراكه إلا أن يشخص فيه المقتضى بعد الإعذار إلى شركائه في الخروج معه أو الوكالة فلم يخرجوا أو يوكلوا لم يدخلوا فيما اقتضى، وإن شخص لذلك دون الإعذار إليهم فشركاؤه بالخيار إن شاؤوا سلموا له ما قبض واتبعوا الغريم، وإن شاؤوا أشركوه فيما قبض قبض جميع حصته أو بعضها. ولو كان الحق بكتابين كان لكل واحد ما اقتضى، وإن كان من شيء أصله بينهما وباعاه في صفقة. ولو كان بينهما بكتاب واحد أو مما أصله بينهما بغير كتاب فقبض أحدهما حصته إن سلم له شريكه، ثم أراد

إِلاَّ الطَّعَامَ فَفِيهِ تَرَدُّدٌ، إِلاَّ أَنْ يَشْخَصَ، وَيُعْذِرَ إِلَيْهِ فِي الْخُرُوجِ أَوِ الْوَكَالَةِ فَيَمْتَنِعُ، وَإِنْ لَمْ

أبو عمران على أنه يلزمه فيما قبض وفيما لم يقبض لأنه التزمه وأوجبه على نفسه. وتأولها ابن محرز على أنه يلزمه ما قبض دون ما لم يقبض ذكرهما أبو الحسن، وإليهما أشار المصنف بقوله: «وهل مطلقاً أو ما دفع تأويلان». وذكر أبو الحسن قولاً آخر أنه لا يلزمه شيء وأنه رجع بما دفع على العاقلة، وهذا القول يظهر أنه مخالف لما تقدم عن المدونة والله أعلم. ص: **(إلا الطعام ففيه تردد)** ش: ظاهر كلامه أنه إذا صالح أحد الشريكين فللآخر الدخول معه إلا في الطعام ففي دخوله معه تردد وليس هذا مراده، بل مراده أن ينبه على أنه في المدونة استثنى الطعام لما تكلم على هذه المسألة فتردد المتأخرون في وجه استثنائه فقال ابن أبي زمنين: إنه مستثنى من آخر المسألة، وخالفه عبد الحق ويتبين ذلك بجلب كلام المدونة وكلامهما. قال في المدونة: وإذ كان بين رجلين خلطة فمات أحدهما وترك ولدين فادعى أحد الولدين أن لأبيه قبل خليطه مالاً فأقر له، أو أنكر فصالحه على حظه من ذلك بدنانير أو دراهم أو عرض جاز، ولأخيه أن يدخل معه فيما أخذ، وكل ذكر حق لهما بكتاب أو بغير كتاب إلا أنه من شيء كان بينهما فباعاه في صفقة بمال أو عرض أو بما يكال أو يوزن غير الطعام وإلا دام أو من شيء أفرضاه من عين أو طعام أو غيره مما يكال أو يوزن أو ورث هذا الذكر الحق، فإن ما

أن يدخل معه فليس ذلك له وإن أعدم الغريم لأن ذلك مقاسمة للدين كما لو ورث ديناً على رجل فاقتسما ما عليه جاز وصار كذكر حق بكتابين لكل واحد ما اقتضى. وذكر عن أبي محمد في الرجلين يبيعان سلعتيهما ولا شركة بينهما في ذلك ويكتبان دينهما بكتاب واحد، أن لكل واحد ما اقتضى لا يدخل عليه فيه صاحبه. وفي هذا نظر، وظاهر المدونة خلافه. وهذا على القول في جواز جمع الرجلين سلعتيهما في البيع انتهى. ثم مضى ابن يونس على كلام طويل ثم قال في آخر ذلك ما نصه: ومن كتاب الصلح قال ابن القاسم: لو كان دينهما ثياباً أو عروضاً تكال أو توزن أو لا توكل ولا توزن من غير الطعام والإدام، فصالح أحدهما أو باع حقه بعشرة دنانير جاز ولشريكه أخذ نصفها، ثم يكون ما بقي على الغريم بينهما، وإن شاء سلم له ذلك واتبع الغريم بجميع حقه ثم لا رجوع له على الشريك وإن أعدم انتهى. وقال عياض: قوله في مسألة الرجلين لهما ذكر حق بكتاب واحد أو بغير كتاب من بيع باعه بعين أو بما يكال أو يوزن غير الطعام والإدام أو شيء أقرضاه من الدنانير والدراهم أو الطعام الخ. قيل: إنما استثنى الطعام هنا من بيع لأن إذنه له في الخروج لاقتضاء نصيبه مقاسمة، والمقاسمة فيه كبيعه قبل استيفائه. قال ابن أبي زمنين وغيره: وفي الأسدية لمالك خلاف هذا، وهذا أصل متنازع فيه هل القسمة بيع أو تمييز حق. وحمله أبو عمران وغيره على أنه راجع إلى مآل المسألة من بيع أحدهما نصيبه من غيره ومصالحته إياه عنه كما ذكر ذلك آخر الكتاب وكرر بلفظه فقال: من غير الطعام والإدام فصالح من ذلك على دنانير فهذا يبين أنه مراده وأن ذلك بيع الطعام قبل استيفائه **(إلا الطعام ففيه تردّد إلا أن يشخص ويعذر إليه في الخروج أو في الوكالة فيمتنع وإن لم**

يَكُنْ غَيْرُ الْمُقْتَضَى، أَوْ يَكُونَ بِكِتَابَيْنِ، وَفِيمَا لَيْسَ لَهُمَا، وَكُتِبَ فِي كِتَابٍ: قَوْلاَنِ، وَلاَ رُجُوعَ؛ إِنِ اخْتَارَ مَا عَلَى الغَرِيمِ وَإِنْ هَلَكَ، وَإِنْ صَالَحَ عَلَى عَشَرَةٍ مِنْ خَمْسِينِهِ، فَلِلآخَرِ إِسْلاَمُهَا، أَوْ أَخْذُ خَمْسَةٍ مِنْ شَرِيكِهِ، وَيَرْجِعُ بِخَمْسَةٍ وَأَرْبَعِينَ، وَيَأْخُذَ الآخَرُ خَمْسَةً،

قبض منه أحدهما يدخل فيه الآخر. وكذلك إن كانوا جماعة فإنه يدخل فيه بقية أشراكه إلا أن يشخص المقتضي بعد الأعذار إلى إشراكه في الخروج معه أو الوكالة فامتنعوا، فإن أشهد عليهم لم يدخلوا فيما اقتضى لأنه لو رفعهم إلى الإمام لأمرهم بالخروج أو التوكيل، فإن فعلوا وإلا خلى بينه وبين اقتضاء حقه ثم لم يدخل معه أحد منهم فيما اقتضى اهـ. قال ابن أبي زمنين وغيره: إنما استثنى الطعام هنا من قوله: «إلا أن يشخص المقتضي بعد الأعذار إلى شركائه في الخروج معه أو الوكالة فامتنعوا فإن أشهد عليهم لم يدخلوا فيما اقتضى» قال: فإذا كان الذي على الغريم طعاماً من بيع لم يجز لأحدهما أن يأذن لصاحبه في الخروج لاقتضاء حقه خاصة لأن إذنه في الخروج مقاسمة له والمقاسمة له كبيعه قبل استيفائه، فلذلك قال في صدر المسألة: «غير الطعام والإدام» وقال عبد الحق: يحتمل عندي استثناؤه الإدام والطعام إنما هو لما ذكر من بيع أحدهما نصيبه أو وصلحه منه لأنه إذا كان الذي لهما طعاماً أو إذا ما لم يجز لأحدهما بيع نصيبه أو مصالحته منه لأن ذلك بيع الطعام قبل قبضه، وهذا الذي يشبه أن يكون أراده والله أعلم. ص: **(أو يكون بكتابين)** ش: يعني أن الحق إذا كان بكتابين فلا يجوز أن يدخل أحد الشريكين على الآخر فيما اقتضى، وإن كان ذلك ثمن شيء واحد أصله بينهما وباعه في صفقة واحدة كعبد أو ثوب قال في المدونة: والحق إذا كان بكتابين كان لكل واحد ما اقتضى ولم يدخل عليه فيه شركاؤه وإن كان من شيء أصله بينهم أو باعه في صفقة ص: **(وفيما ليس لهما وكتب في كتاب قولان)** ش: قال ابن يونس: وهذا إذا جمعا سلعتهما في البيع على قول من يجيز ذلك لأنهما كالشريكين قبل البيع. ألا ترى أنه لو استحقت سلعة أحدهما وهو وجه الصفقة أن للمشتري نقض البيع كما لو كانا شريكين فيها، فكذلك يكون حكمهما في الاقتضاء حكم الشريكين اهـ. وقال أبو محمد بن أبي زيد: لا توجب الكتابة في كتاب واحد الشركة بينهما ولكل واحد ما اقتضى اهـ. قلت: إذا كانت هذه المسألة بقرعة

يكن غير المقتضى أو يكون بكتابين وفيما ليس لهما وكتب في كتاب قولان ولا رجوع إن اختار ما على الغريم وإن هلك) انظر هذه الألفاظ كلها تقدمت في النقل عن ابن يونس وعياض إلا أنها ليست على هذا الترتيب فانظر أنت هل في ألفاظ خليل تقديم وتأخير **(فإن صالح على عشرة من خمسين فللآخر إسلامها أو أخذ خمسة من شريكه ويرجع بخمسة وأربعين ويأخذ الآخر خمسة)** من المدوّنة قال ابن القاسم: إن كان لهما مائة دينار من شيء أصله بينهما وهي في كتاب واحد أو بغير كتاب فصالح أحدهما من جميع حقه على عشرة دنانير ولم يشخص أو شخص ولم يعذر إلى شريكه، فشريكه مخير في تسليم ذلك واتباع الغريم بخمسين، أو يأخذ من شريكه خمسة ويرجع هو

وَإِنْ صَالَحَ بِمُؤَخَّرٍ عَنْ مُسْتَهْلِكٍ: لَمْ يَجُزْ إِلاَّ بِدَرَاهِمَ، كَقِيمَتِهِ فَأَقَلَّ، أَوْ ذَهَبَ كَذٰلِكَ، وَهُوَ مِمَّا يُبَاعُ بِهِ: كَعَبْدٍ آبِقٍ؛ وَإِنْ صَالَحَ بِشِقْصٍ عَنْ مُوَضِّحَتَيْ عَمْدٍ وَخَطَإٍ؛ فَالشُّفْعَةُ بِنِصْفِ قِيمَةِ الشِّقْصِ وَبِدِيَّةِ الْمُوَضِّحَةِ، وهَلْ كَذٰلِكَ إِنِ اخْتَلَفَ الْجُرْحُ؟ تَأْوِيلاَنِ.

على القول بجواز جمع الرجلين سلعتيهما في البيع فلا حاجة لذكرها لأنها بقرعة على غير المشهور والله أعلم. ص: (كعبد أبق) ش: ليس هذا مثالاً لما قبله وإنما هو مشبه به في جواز الصلح نظراً إلى القيمة أي وكذلك يجوز لك أن تصالح من غصبك عبداً أو أبق منه على دنانير مؤجلة أو دراهم مؤجلة إذا كانت الدنانير أو الدراهم كالقيمة فأقل جاز. وليس هذا من بيع الآبق والله أعلم.

بخمسة وأربعين وصاحبه بخمسة **(وإن صالح بمؤخر عن مستهلك لم يجز إلا بدراهم كقيمته بأقل أو بذهب كذلك وبما يباع به)** تقدم هذا عند قوله: «وجاز عن دين بما يباع به» **(كعبد أبق)** من المدوّنة: إن غصبك عبداً فأبق منه لم يجز أن تصالحه على عرض مؤجل، وأما على دنانير مؤجلة فإن كانت كالقيمة فأقل جاز، وليس هذا من بيع الآبق **(وإن صالح بشقص عن موضحتي عمد وخطأ فالشفعة بنصف قيمة الشقص وبدئت الموضحة)** من المدونة قال ابن القاسم: من صالح عن موضحة عمد وموضحة خطأ على شقص منْ دار فيه الشفعة بدية موضحة الخطأ وبنصف قيمة الشقص لأنا قسمنا الشقص على الموضحتين وإحداهما معقولة والأخرى مجهولة. ابن يونس: ووجهه أن المصالح بالشقص إنما دفعه ثمناً للموضحتين فكان العدل أن يجعل لكل موضحة نصفه **(وهل كذلك إن اختلف الجرح تأويلان)** عياض: اختلف في تأويل قول ابن القاسم وقسمة الشقص عليهما هل ذلك مع تساوي الجنايتين واختلافهما؛ فقيل: ذلك سواء نصفه للخطأ ونصفه للعمد كائناً ما كان الجرح أو الجناية، اتفقا أو اختلفا، ويذكر هذا عن ابن القاسم وابن عبد الحكم. وقيل: بل يعتبر حال الجرحين وتكون قسمة الشقص على قدرهما، وإنما يكون بنصفين إذا استوى كموضحتين أو قطع يدين، فأما إذا اختلفا مثل قطع يد وقتل نفس فإنما يفسخ الشقص بينهما على قدر ديتهما في الخطأ ثلث وثلثين وهكذا في غير هذا. وتأول المسألة وأكثر شيوخ القرويين. انظر لم يذكر هنا الصلح عن عيب يجده في المبيع هل هو قبل فوته كمعاوضة، وكيف لو اصطلحا على الصلح قبل معرفتهما بقيمة العيب كمسألة الطوق المشهورة، هل يجوز الصلح عن عيبه بدراهم من غير السكة؟ وكيف لو تأخرت أو لم يحضر الطوق؟ ذكر ذلك في هذا الباب ابن الحاجب: وكذلك هو في المدوّنة. وذكر ابن عرفة هنا معنى التبقية والاسترعاء وفي هذا الباب ذكر المتيطي ذلك أيضاً. ابن شاس.

باب الحوالة

شَرْطُ الْحِوَالَةِ: رِضَا الْمُحِيلِ وَالْمُحَالِ فَقَطْ،

باب

ص: **(شرط الحوالة رضا المحيل والمحال فقط)** ش: قال في التوضيح: عياض وغيره: هي مأخوذة من التحول من شيء إلى شيء لأن الطالب تحوّل من طلبه لغريمه إلى غريم غريمه اهـ. وقال ابن عرفة: الحوالة طرح الدين عن ذمة بمثله في أخرى لامتناع تعلق الدين بما هو له اهـ. ويخرج من حده من تصدق على رجل أو وهبه شيئاً ثم أحاله به على من له عليه مثله فإنها حوالة كما نقله في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: فلو أحال البائع على المشتري ولفظ الدين لا يطلق عليهما عرفاً والله أعلم. ثم قال عياض: قال الأكثر: لأنها مبايعة مستثناة من الدين بالدين والعين بالعين غير يد بيد لأنها معروف. وأشار الباجي إلى أنها ليست كالبيع ولا هي من هذا الباب بل من باب النقد.

قلت: لفظه ليس من الدين بالدين لبراءة المحيل بنفسه الإحالة فهي من باب النقد. عياض: في حمل الحوالة على الندب أو الإباحة قولا الأكثر وبعضهم. الباجي: هي على الإباحة اهـ. ونحوه في التوضيح: وقوله «رضا المحيل أو المحال» قال ابن عرفة: صرح ابن الحاجب وابن شاس أنهما من شروطها. ولم يعدهما اللخمي وابن رشد منها وهو أحسن، والأظهر أنهما جزءان لأنهما كلما وجدا وجدت اهـ. والظاهر أنهما شرطان كما قال لا جزءان كما قال ابن عرفة، لعدم توقف تعقلها ووجودها عليهما، ولذلك اختلف العلماء في اشتراط

كتاب الحوالة

ومعناها تحول الدين من ذمة إلى ذمة تبرأ بها الأولى. عياض: هي مندوبة وقيل: مباحة. ابن يونس: لم يختلف في جواز الحوالة وهي في الحقيقة بيع دين بدين فاستثنيت منه لأنها معروف كاستثناء العرية من بيع الرطب بالتمر **(شرط الحوالة رضا المحيل والمحال)** ابن عرفة: المذهب توقف الحوالة على رضا المحيل والمحال. وصرح ابن الحاجب وغيره أن هذا من شروطها، ولم يعده ابن رشد ولا اللخمي من الشروط وهو أحسن **(فقط)** ابن شاس: لا يشترط رضا المحال عليه. **(وثبوت دين)**

....

رضا المحال. وإنما أركانها رضا المحيل والمحال والمحال عليه والمحال به. وقول ابن عرفة «كلما وجد أو وجدت» ممنوع فقد يوجدان ولا توجد كما إذا فقد شرط من شروطها، قال في المدونة: وإذا أحالك على من ليس قبله دين فليست حوالة وهي حمالة انتهى. وقال ابن ناجي في شرح الرسالة: نص شيخنا أبو مهدي على أن حدها يدل على أنهما شرطان لا جزءان إذ لم يذكرا في الحد اهـ. وقوله: «فقط» إشارة إلى أنه لا يشترط رضا المحال عليه على المشهور. قال في التوضيح: وعلى المشهور فيشترط في ذلك السلامة من العداوة. قاله مالك. المازري: وإنما يعرض الإشكال لو استدان رجل من آخر ديناً ثم حدثت بينهما عداوة بعد الاستدانة هل يمنع من له الدين من اقتضاء دينه ويرضى عدوه فيؤمر أن يوكل غيره، أو لا يمنع لأنها ضرورة تردد ابن القصار: في هذا وإشارته تقتضي الميل إلى أنه لا يمكن من الاقتضاء بنفسه اهـ. وكلام المازري هذا هو في الجواب عن السؤال الثاني من أول الحوالة. وقال البساطي: لو كان المحال عدواً للمحال عليه اشترط رضاه، واختلف على ذلك إذا تجددت العداوة بعد الحوالة هل يجب التوكيل أم لا، كما قالوا فيمن له على شخص دين وتجددت بينهما عداوة اهـ. والله أعلم.

فرع: قال في التوضيح: وعلى المشهور، هل يشترط حضور المحال عليه وإقراره كما في بيع الدين وهو قول ابن القاسم، أو لا وهو قول ابن الماجشون؟ وللموثقين الأندلسيين أيضاً القولان. وفي المتيطية عن مالك: إجازة الحوالة مع الجهل بذمة المحال عليه، وهل الخلاف مبني على الخلاف الذي بين الشيوخ هل الحوالة مستثناة من بيع الدين بالدين فنسلك بها مسلك البيوع أو هي أصل بنفسه؟ اهـ كلام التوضيح وأصله لابن عبد السلام ونقله في الشامل. وقال ابن سلمون: ولا يشترط رضا المحال عليه عند جميع العلماء، وكذلك لا يشترط علمه وحضوره على المشهور. وفي الاستغناء لا تجوز الحوالة على الغائب، وإن وقع ذلك فسخ حتى يحضر وإن كانت له بينة لأنه قد تكون للغائب براءة من ذلك. وفي المشتمل: لا تجوز الحوالة إلا على حاضر مقر اهـ. وعلى قول ابن القاسم اقتصر الوقار في مختصره ونصه: ولا يجوز أن يحال أحد بحق له قد حل على غائب لأنه لا يدري ما حاله في ماله، ولا يجوز أن يحال به على ميت بعد موته وهو بخلاف الحي الحاضر، لأن ذمة الميت قد فاتت وذمة الحي موجودة. وعليه أيضاً اقتصر صاحب الإرشاد وصاحب الكافي، وكذلك أيضاً المتيطي وابن فتوح وقبله ابن عرفة. وفي الحوالة من المدونة: ولا بأس أن تكتري من رجل عبده أو داره بدين لك حال أو مؤجل على رجل آخر مقر حاضر مليء وتحيله عليه إن شرعت في السكنى والخدمة. قال أبو الحسن: اشترط هنا حاضراً مقراً، وفي بعض المواضع لم يشترط فيها ذلك، الشيخ: فحيث ذكر يقيد به ما لم يذكر فيه اهـ. وقال المشذالي في حاشيته: قوله «مقر حاضر» مفهومه لو كان غائباً لم تجز الحوالة. قال في الطرر عن أبي زيد القرطبي: لا تجوز الحوالة على غائب، فإن وقع لم تجز وفسخ لأنه قد يكون.

وَثُبُوتُ دَيْنٍ لاَزِمٍ فَإِنْ أَعْلَمَهُ بِعَدَمِهِ وَشَرَطَ الْبَرَاءَةَ: صَحَّ، وهَلْ إِلاَّ أَنْ يُفَلَّسَ أَوْ يَمُوتَ؟ تَأْوِيلاَنِ. وَصِيغَتُهَا،

للغائب من ذلك براءة اهـ ص: **(وثبوت دين لازم)** ش: احترز باللازم من دين غير لازم. قال البساطي: كالدين المرتب على العبد من غير إذن سيده وما أشبه ذلك اهـ. قلت: ومن ذلك الكتابة فلا تجوز الحوالة على الكتابة إلا إذا كان السيد هو المحال كما إذا أحاله مكاتبه بما حل عليه على مكاتب للمكاتب كما سيأتي والله أعلم. ص: **(وصيغتها)** ش: انظر هل مراده بصيغتها أنها لا تنعقد إلا بلفظ الحوالة وعليه حمله الشارح في شروحه ولكنه أتى بعده بكلام البيان وهو يدل على خلاف ذلك، أو مراده أنه لا بد في الحوالة من لفظ يدل على ترك المحال دينه من ذمة المحيل، وهذا هو الذي نص عليه في البيان ولم يذكر خلافه وعليه اقتصر ابن عرفة. قال في أول سماع يحيى من كتاب الحوالة والكفالة: قال يحيى: قال ابن القاسم في الرجل يطلب الرجل في حقه فيذهب به إلى غريم له فيقول له خذ حقك من هذا ويأمره بالدفع إليه فيتقاضاه إياه فيقضيه بعض حقه أو لا يقضيه، فيريد أن يرجع على الأول ببقية حقه: إن ذلك له وليس هذا بوجه الحق اللازم لمن أحال بحقه لأن له أن يقول لم أحتل عليه بشيء وإنما أردت أن أكفيك التقاضي. وأما وجه الحول اللازم أن يقول أحيلك على هذا بحقك وإبراء ذمتك مما تطلبني وأن لا أرجع عليه بحقه. ابن رشد: هذا كما قال، لأن الحوالة بيع من البيوع ينتقل بها الدين عن ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه فلا يكون ذلك إلا بيقين وهو التصريح بلفظ الحوالة، أو ما ينوب منابه مثل أن يقول له خذ من هذا حقك وأنا بريء من دينك وما أشبه ذلك. وقد قال بعض الشيوخ: أتبع فلاناً

من المدونة: لا تجوز حوالة إلا على أصل دين وإلا فهي حمالة **(لازم)** ما ذكر أحد هذا الوصف في الحوالة المذكورة في الحمالة إذ الضمان هو الذي يقال فيه لا يصح إلا بدين لازم تحرزاً من الكتابة، فذكر اللزوم هنا كما ذكر في الزكاة واختلفت حاجة أهله وإنما ذلك في القسمة، وبالجملة تحويل الدين من ذمة إلى ذمة جائز مطلقاً قال: إن كان التحويل على أهل دين كان حوّالة وإلا فحمالة **(فإن أعلمه بعدمه وشرط البراءة صح)** من المدونة قال ابن القاسم: لو علمت حين أحالك عليه أنه لا شيء للمحال عليه وشرط عليك المحيل براءته من دينه فرضيت لزمك ولا رجوع لك على المحيل إذا كنت قد علمت وإن كنت لم تعلم فلك الرجوع **(وهل إلا أن يفلس أو يموت تأويلان)** ابن يونس: يحتمل أن يكون قول ابن القاسم: «ولا رجوع لك على المحيل» يريد ما لم يفلس أو يمت، وعلى هذا تأوله محمد. انظر بعد هذا ويتحول حق المحال على المحال عليه وإن أفلس قوله في المدونة: «ولو كنتما عالمين بفلسه كانت حوالة لازمة لك» **(وصيغتها)** قال يحيى عن ابن القاسم في المطلوب يذهب بالطالب إلى غريمه له فيأمره بالأخذ منه ويأمره الآخر بالدفع إليه فيتقاضاه فيقضيه البعض أو لا يعطيه

وحُلُولُ الْمُحَالِ بِهِ وَإِنْ كِتَابَةً.

بحقك في حوالة لقوله ﷺ: «ومن أتبع على مليء فليتبع» قال: فلما أتى بلفظ يشبه النص كان حوالة إذا كان ذلك على المحال عليه وليس ذلك بالبين، وإنما البين في ذلك أن يقول له: قد أتبعتك على فلان. وأما إذا قال أتبع فلاناً فيتخرج ذلك على قولين، فذكرهما في آخر أول رسم من سماع أشهب من جامع البيوع وهو الأمر من الآمر، هل يحمل على الإيجاب عليه أم لا؟ اختلف في ذلك قول مالك اهـ. والقولان اللذان أشار إليهما هما الروايتان في قولي البائع خذ هذا الثوب بكذا هل هو إيجاب للبيع كقوله بعتك أم لا. وقال ابن عرفة: الصيغة ما دل على ترك المحال دينه من ذمة المحيل بمثله في ذمة المحال عليه اهـ. نعم وقع في عبارة الشيخ أبي الحسن الصغير أن من شروط الحوالة أن تكون بلفظ الحوالة وأطلق. ونصه: وللبراءة بالحوالة أربع شروط: أن يكون برضا المحيل والمحال، وأن يكون بلفظ الحوالة، وأن يكون على أصل دين، وأن لا يغر من عدم بعلمه فتأمله والأول أظهر والله أعلم. ويؤيده ما قال ابن القاسم: إذا أتى بلفظ يحتمل الحوالة ويحتمل الوكالة كما إذا قال خذ الذي لك علي من الدين الذي على فلان فقال ابن القاسم: للمحال أن يرجع على المحيل ويقول: إنما طلبت منه نيابة عنك لا على أنها حوالة أبرأتك منها اهـ. والله أعلم. ص: **(وحلول المحال به وإن كتابة)** ش: يعني أنه يشترط في الحوالة أن يكون الدين المحال به حالاً، ووقع في السلم الثاني من المدونة ما يوهم خلافه ونصها: ولو استقرض الذي عليه السلم مثل طعامك من أجنبي وسأله أن يوفيك أو أحالك به ولم تسأل أنت الأجنبي، فذلك جائز قبل الأجل وبعده. فأورد بعضهم على ابن عبد السلام حين إقرائه هذا المحل أنه خلاف المذهب في اشتراط حلول المحال به فلم يحضره ولا غيره جواب. ثم قال ابن عرفة: ثم بان لي سره بأن شرط الحلول في الحوالة الحقيقية التي هي على أصل دين وهذه مجاز

شيئاً: كان للطالب أن يرجع على الأول لأنه يقول: ليس هذا احتيالاً بالحق إنما أردت أن أكفيك التقاضي. وأما وجه الحوالة أن يقول: أحيلك بحقك على هذا أو أبرأ إليك بذلك **(وحلول المحال به)** ابن رشد: من شروط الحوالة أن يكون دين المحال حالاً لأنه إن لم يكن حالاً كان بيع ذمة بذمة فيدخله ما نهى عنه من الدين بالدين، ومن بيع الذهب بالذهب والورق إلا يداً بيد إن كان الدينان ذهباً أو ورقاً إلا أن يكون الدين الذي ينتقل إليه حالاً ويقبض ذلك مكانه قبل أن يفترقا مثل الصرف فيجوز ذلك. **(وإن كتابة)** من المدونة قال ابن القاسم: لا يجوز لهم حمالة بكتابة إلا على تعجيل العتق، وأما الحوالة فإن أحالك مكاتبك على من لا دين له قبله لم يجز لأنها حمالة. وإن كان عليه دين حل أو لم يحل جازت الحوالة إن كانت الكتابة قد حلت ويعتق مكانه، وكذلك إن حل عليه نجم فلا بأس أن يحيلك به على من له عليه دين حل أو لم يحل وهو المكاتب من ذلك النجم، وإن كان آخر نجومه كان حراً مكانه، وإن لم يحل النجم لم يجز أن يحيلك على من له عليه دين حال

لاَ عَلَيْهِ،

لأنها على غير أصل دين في حمالة اهـ. من شرح الرسالة لابن ناجي. وقوله: «وإن كتابة» يريد أنه يشترط الحلول في الدين المحال به ولو كان من كتابة، وهذا مذهب ابن القاسم وخالفه غيره في ذلك.

تنبيه: قال ابن جزي في قوانينه: الحوالة على نوعين: إحالة قطع وإحالة إذن، فأما إحالة القطع فلا تجوز في المذهب إلا بثلاثة شروط: الأول أن يكون الدين المحال به قد حل. الثاني أن يكون الدين المحال مساوياً للمحال فيه في الصفة والمقدار. الثالث أن لا يكون الدينان أو أحدهما طعاماً من سلم. وأما الإذن فهو كالتوكيل على القبض والإقطاع فيجوز بما حل وبما لم يحل، ولا تبرأ به ذمة المحيل حتى يقبض المحال من المحال عليه ماله ويجوز للمحيل أن يعزل المحال في الإذن عن القبض ولا يعزله في حالة القطع اهـ. ص: **(لا عليه)** ش: يعني أنه لا يشترط حلول الدين المحال عليه كان كتابة أو غيرها. نعم يشترط في الحوالة على الكتابة أن يكون المحال هو السيد كما إذا أحاله مكاتبه بما حل عليه على مكاتب للمكاتب، ولا يصح أن يحيل السيد أجنبياً له عليه دين على مكاتبه. نص على ذلك التونسي ونقله في التوضيح. وعزا ابن شاس وابن الحاجب لابن القاسم اشتراط حلول الكتابة المحال عليها السيد. قال في التوضيح: واعترض عليهما ما حكياه من شرط حلولها ثم قال: وأما الكتابة المحال عليها فلا يشترط ابن القاسم وغيره فيها الحلول ولا يعرف من قال به. ونص المدونة ابن القاسم: وإن أحالك مكاتبك بالكتابة على مكاتب له وله عليه مقدار ما على الأعلى فلا يجوز ذلك إلا أن تبت أنت عتق الأعلى فيجوز. ابن القاسم: يريد وإن لم تحل كتابة الأعلى فيجوز بشرط تعجيل العتق كما لا تجوز الحمالة بالكتابة إلا على شرط تعجيل العتق. وقال في المدونة: ثم إن عجز الأسفل كان لك رقاً ولا ترجع على المكاتب الأعلى بشيء، لأن الحوالة كالبيع وقد تمت حريته. وهذا كله بشرط أن يكون المحال السيد لا الأجنبي. التونسي: والمكاتب جائز له أن يحيل سيده بما حل من كتابته على ما لم يحل وإن كان المحال أجنبياً لم تجز. قال: وهو لو حلت لم تجز من الأجنبي لأن الحوالة إنما أجيزت في الأجنبي إذا أحيل على مثل الابن، وهاهنا قد يعجز المكاتب المحال عليه فتصير الحوالة على غير جنس الدين كما لو حل على رجل دين لأجنبي فأراد أن يحيله بذلك على مكاتبه ما جاز لذلك، لأنه قد يعجز فتكون الحوالة قد خالفت ما رخص فيه منها وهو أن يكون المحال عليه من جنس المحال به. فإن قيل: أنتم تجيزون بيع الكتابة مع إمكان أن يشتري كتابته تارة ورقبته أخرى. قيل: أصل الحوالة رخصة لأنها الدين بالدين فلا يتعدى بها ما خلف منها. اهـ. كلام التوضيح برمته ونقله في

لأن هذا ذمة بذمة وربا بين السيد وبين مكاتبه. وقال غيره: تجوز الحوالة. ابن يونس: وبهذا أقول وبه أخذ سحنون **(لا عليه)** من المدونة: لا تجوز الحوالة إذا حل ما تحيل به أحلت على ما قد حل أو لم

وَتَسَاوِي الدَّيْنَيْنِ قَدْراً وَصِفَةً، وَفِي تَحَوُّلِهِ عَلَى الأَدْنَى: تَرَدُّدٌ،

الشامل. ونصه: وحلول محال به ثم قال: لا حلول محال عليه مطلقاً وللمكاتب أن يحيل سيده إلا أجنبياً فما حل من كتابته على نجوم مكاتب له وإن لم يحل اهـ. ص: **(وفي تحوله على الأدنى تردد)** ش: يعني أن الأشياخ المتأخرين ترددوا في جواز تحوله من الدين الأعلى إلى أدنى منه، يريد أو من الكثير إلى أقل منه، وأكثر الشيوخ على الجواز، وظاهر كلامه في التوضيح وكلام غيره أن التردد جارٍ في التحول من الكثير إلى القليل، بل كلامهم صريح في ذلك فإن لفظ صاحب المقدمات القائل بالمنع شرطها تماثلهما في الصفة والقدر لا أقل ولا أكثر ولا أدنى ولا أفضل اهـ.

قلت: هذا والله أعلم إذا كانت الحوالة مجملة كما إذا كان قال له أحيلك بالمائة التي لك على فلان ابن فلان بعشرة لي عنده. أما إذا قال له أسقط عنه التسعين وأحتال بالعشرة الباقية على فلان، فالظاهر أنه لا يتأتى فيه التردد والله أعلم. قال في التوضيح: وما ذكره المصنف يعني ابن الحاجب من جواز التحول بالأعلى على الأدنى موافق للخمي والمازري وابن شاس، ووجهه أنه أقوى في المعروف اهـ. وقال ابن رشد وعياض: لا يجوز. وأما التحول من الأدنى إلى الأعلى فقال في التوضيح: وقع في بعض نسخ ابن الحاجب في قوله: «فيجوز بالأعلى على الأدنى» موضع «على» «عن» فتكون بمعنى «على» ولا يصح أن تكون باقية على معناها لأنه يكون المعنى حينئذ فيجوز أخذ الأعلى عن الأدنى وذلك لا يجوز، صرح بذلك غير واحد اهـ. وقال ابن عرفة: ويشترط تماثل صنف الدينين وفي شرط تساويهما في الصفة والقدر مطلقاً، وجواز كون المحال عليه أقل أو أدنى قول المقدمات شرطها تماثلهما في الصفة والقدر لا أقل ولا أكثر ولا أدنى ولا أفضل. ونص اللخمي مع المازري والمتيطي وقال: شروطها ستة: كونها على دين واتحاد جنس الدينين واتحاد قدرهما وصفتهما أو كون المحال عليه أقل أو أدنى اهـ. كلام ابن عرفة. وفي الجواهر: الشرط الثالث أن يكون ما على المحال عليه مجانساً لما على المحيل قدراً ووصفاً، فإن كان بينهما تفاوت يفتقر في أدائه عنه إلى المعاوضة أو الرضا دون المعاوضة لم يجز، وإن لم يفتقر بل كان مما يجبر على قبوله كأداء الجيد عن الرديء فيتحول عن الأعلى إلى الأدنى، وعن الأكثر إلى الأقل اهـ. يعني وإن كان التفاوت بين الدينين لا يفتقر إلى المعاوضة ولا إلى الرضا بل كان مما يجبر على قبوله كأداء الجيد عن الرديء، فيجوز فيه اختلاف الدينين لكن بشرط أن يتحول من الأعلى إلى الأدنى، أو من الأكثر إلى الأقل فتأمله.

يحل. وعبارة ابن عرفة: يشترط كونها بما حل لا على ما حل **(وتساوي الدينين قدراً وصفة)** ابن رشد: الدين الذي تحيل به مثل الدين الذي تحيله عليه في القدر والصفة لا أقل ولا أكثر ولا أفضل ولا أدنى **(وفي تحوله على الأدنى تردد)** تقدم قول ابن رشد: «لا أقل ولا أدنى». وقال المازري: لو تحول على طعام له إلى ما هو أدنى في الجودة أو أقل في المقدار كان ذلك جائزاً لأنه أكد قصد

وَأَنْ لاَ يَكُونَ طَعَاماً مِنْ بَيْعٍ: لاَ كَشْفُهُ عَنْ ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ، وَيَتَحَوَّلُ حَقُّ الْمُحَالِ عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ، وَإِنْ أَفْلَسَ أَوْ جَحَدَ،

ومقتضى كلامه أنه إذا أعطى من له أدنى أعلى أنه يجبر على قبوله. وقال في السلم من التوضيح: إن ظاهر المذهب خلافه فاعلمه.

فرع: قال في التوضيح إثر الكلام المتقدم: وحيث حكم بالمنع في هذا الفصل فإنما ذلك إذا لم يقع التقابض في الحال، وأما لو قبضه لجاز ففي الموازية: إذا اختلفا في الصنف أو في الجودة والصنف وأحدهما طعام أو عين أو عرض من بيع أو قرض أو أحدهما من بيع والآخر من قرض، فلا تصح الحوالة وإن حلا. محمد: إلا أن يقبضه قبل أن يتفرقا فيجوز إلا في الطعام من بيع فلا يصح أن يقبضه إلا صاحبه قال: وكذلك إن كان أحدهما ذهباً والآخر ورقاً فلا يحيله به وإن حلا إلا أن يقبضه مكانه قبل افتراق الثلاثة وطول المجلس اهـ. ص: **(لا كشفه عن ذمة المحال عليه)** ش: تقدم في كلام التوضيح في القولة الأولى من هذا الباب أنه قال: وفي المتيطية عن مالك إجازة الحوالة مع الجهل بذمة المحال عليه اهـ. ويعني بهذا أن الحوالة مخالفة لبيع الدين، وما ذكره المتيطي عن مالك جعله اللخمي وغيره المذهب. ونص اللخمي في كتاب الحوالة من تبصرته فصل: وإجازة مالك الحوالة مع الجهل بذمة المحال عليه إن كان لا يدري أموسر هو أو معسر انتهى. وإليه أشار المؤلف بقوله: «لا كشفه عن ذمة المحال عليه» والله أعلم. ص: **(ويتحول حق المحال على المحال عليه وإن أفلس أو جحد)** ش: هذا نحو قوله في المدونة: وإذا أحالك غريمك على من له عليه دين فرضيت باتباعه فلا ترجع عليه بشيء في غيبة المحال عليه أو عدمه. أبو الحسن الصغير: قال اللخمي: إلا أن يشترط أنه يرجع فإن أفلس أو مات فله شرطه وهو قول المغيرة انتهى. وقال ابن ناجي في شرح الرسالة: نقله الباجي كأنه

المعروف والرفق بالتحول كونه يأخذ أدنى من ماله **(وأن لا يكونا طعامين من بيع أو أحدهما ولم يحل الدين المحال به)** صوابه المحال عليه فإن حلول المحال به شرط في كل حوالة بخلاف المحال عليه لا يشترط حلوله إلا في الطعام من بيع. وعبارة ابن رشد: إن كانا جميعاً طعاماً من سلم فلا تجوز الحوالة بأحدهما على الآخر، حلت الآجال أو لم تحل، أو حل أحدهما ولم يحل الآخر، استوت رؤوس الأموال أو لم تستو، على مذهب ابن القاسم خلافاً لأشهب في قوله: إذا استوت رؤوس أموالهما جازت الحوالة وكانت تولية، فإن كان أحدهما من قرض والآخر من سلم فلا تجوز حوالة أحدهما على الآخر حتى يحلا جميعاً. هذا مذهب ابن القاسم.

وحكى ابن حبيب عن جماعة من أصحاب مالك حاشا ابن القاسم أنهما بمنزلة إذا كانا جميعاً من سلف يجوز أن يحيل أحدهما على الآخر إذا حل المحال به **(لا كشفه عن ذمة المحال عليه)** المازري: شرط بيع الدين علم حال ذمة المدين وإلا كان غرراً بخلاف الحوالة لأنها معروف فاغتفر فيها الغرر، ونحو هذا لابن يونس واللخمي **(ويتحول حق المحال على المحال**

إِلاَّ أَنْ يَعْلَمَ الْمَحِيلُ بِإِفْلاَسِهِ فَقَطْ،

المذهب. وقال ابن رشد: هذا صحيح ولا أعرف فيه خلافاً انتهى. وقال في التوضيح: ومسألة الفلس صحيحة في المدونة وغيرها وقيدها المغيرة فقال: إلا أن يشترط المحال الرجوع على المحيل إذا فلس المحال عليه فيكون له شرطه انتهى. وقال ابن عرفة: وحدوث فلس المحال عليه لغو يوجب فيه نقضاً. وسمع سحنون المغيرة أن شرط المحال على المحيل إن أفلس المحال عليه رجع على المحيل فله شرطه، ونقله الباجي كأنه المذهب. وقال ابن رشد: هذا صحيح لا أعرف فيه خلافاً. قال ابن عرفة: قلت: فيه نظر، لأنه شرط مناقض لعقد الحوالة وأصل المذهب في الشرط المناقض للعقد أنه يفسده وفي بعضها يسقط الشرط ويصح العقد كالبيع على أن لا جائحة. انتهى فتأمله.

فرع: قال ابن سلمون: فإن أفلس المحال عليه قبل الإحالة ولم يعلم بذلك المحال فله الرجوع على المحيل ولا تلزمه الحوالة، فإن انعقد في الوثيقة بعد معرفة المحال بملاء المحال عليه وموضعه من المال فلا رجوع له بوجه، وإن كان إفلاسه بعد الإحالة فلا كلام للمحال انتهى. ويأتي في القولة التي بعد هذه ما ينبغي أن يقيد به كلامه هذا.

فرع: فلو دفع المحال عليه الدين بعد الإحالة للمحيل لم أر فيه نصاً، والظاهر أنه إن علم بالحوالة لزمه غرمه للمحتال وإلا لم يلزمه. كما قال في رسم العشور من سماع عيسى من كتاب الصدقات في دفع الدين الموهوب للواهب. ص: **(إلا أن يعلم المحيل بإفلاسه فقط)** **ش:** أما إذا علما جميعاً بفلسه فلا رجوع له عليه. قاله مالك ونقله الشارح وغيره. فأحرى إذا علم وحده فإن جهلا فلسه جميعاً فالذي يفهم من كلام المصنف أنه لا رجوع عليه، وهو الذي يفهم من كلام عبد الحق الذي نقله أبو الحسن والمصنف في التوضيح وغيره، بل هو صريح في ذلك فإنه نقل عن ابن عبد السلام أنه قد اعترض هذه المسألة غير واحد، فإن فلس المحال عليه حين الحوالة إن كان عيباً فله الرجوع على المحيل بفلس المحال عليه أو لم يعلم، وإن لم يكن عيباً فلا رجوع له مطلقاً. قال: وأجيب بأنه عيب مع علم المحيل لغروره. وأجاب عبد الحق بأن الحوالة معروف فسهل على المحيل إلا أن يغر انتهى. فينبغي أن يقيد كلام

عليه وإن أفلس أو جحد إلا أن يعلم المحيل بإفلاسه فقط) من المدونة قال مالك: إذا أحالك غريمك على من له عليه دين فرضيت باتباعه برئت ذمة غريمك. ولا ترجع عليه في غيبة المحال عليه أو عدمه. ولو غرك غريمك من عدم يعلمه بغريمه أو بفلس فلك طلب المحيل، ولو لم يغرك أو كنتما عالمين بفلسه كانت حوالة لازمة لك. المازري: وأما الجحود فاختار بعض أشياخنا أنه لا يوجب الرجوع على المحيل لأن المحال فرط إذ لم يشهد على المحال عليه فكأنه لما قبل الحوالة برئت ذمة المحيل وفرط في الإشهاد فصار كالمتسلف لماله بعد القبض، فمصيبة الجحود منه ولا

وَحَلَفَ عَلَى نَفْيِهِ، إِنْ ظُنَّ بِهِ الْعِلْمُ، فَلَوْ أَحَالَ بَائِعٌ عَلَى مُشْتَرٍ بِالثَّمَنِ، ثُمَّ رُدَّ بِعَيْبٍ أَوِ اسْتُحِقَّ وَلَمْ تَنْفَسِخْ، وَاخْتِيرَ خِلاَفُهُ، وَالْقَوْلُ لِلْمُحِيلِ، إِنِ ادُّعِيَ عَلَيْهِ نَفْيُ الدَّيْنِ لِلْمُحَالِ عَلَيْهِ،

ابن سلمون السابق بهذا. ص: **(فلو أحال بائع على مشتر بالثمن ثم رد بعيب أو استحق لم ينفسخ واختير خلافه)** ش: يعني إذا أحاله بثمن ما باعه ثم رد المبيع بعيب أو استحق فإن الحوالة لا تنفسخ عند ابن القاسم، وتنفسخ عند أشهب واختاره الأئمة ابن المواز وغيره: وما ذكره المؤلف غير جارٍ على قاعدته من وجهين، لأن مادة الاختيار للخمي، وإذا كان بصيغة الفعل فذلك لاختياره في نفسه وليس للخمي هنا اختيار، والخلاف منصوص بين ابن القاسم وأشهب والمختار لقول أشهب ابن المواز وغيره.

تنبيه: وهذا الخلاف مقيد بما إذا كان البائع باع ما ظن أنه ملكه، وأما لو باع ما يعلم أنه لا يملكه مثل أن يبيع سلعة من رجل ثم يبيعها من ثانٍ ويحيل عليه بالثمن، فلا خلاف أن الحوالة باطلة ويرجع المحال على المحيل. قاله ابن رشد في نوازله ونقله في التوضيح والشامل وابن سلمون ونص كلامه: سئل ابن رشد عمن باع حصة له من كرم وأحال عليه بالثمن فأثبت رجل أنه ابتاع الحصة من المحيل قبل بيعه واستحق الحصة وفسخ البيع. قال: إذا كان الأمر على ما وصفت فتنتقض الإحالة ويرجع المحال بدينه الذي أحاله، ولا يكون له قبل المحال عليه شيء لسقوط الثمن بالاستحقاق، وهذه المسألة خارجة عندي من الاختلاف لكون الاستحقاق فيها من جهة المحيل بخلاف إذا لم يكن من جهته. وقد كنت سئلت عن هذه المسألة من مدة فأجبت فيها بمثل هذا الجواب في المعنى وإن خالفه في اللفظ. انتهى كلام ابن رشد والله أعلم.

أعرف لمالك في هذا نصاً **(وحلف على نفيه إن ظن به العلم)** الباجي: لو غر المحيل من حال المحال عليه وقد علم بفلسه كان للمحال الرجوع عليه. وإن جهل أمر المحيل في ذلك فقال مالك: إن كان يتهم أحلف ومعناه إن كان لم يظن به أنه يرضى في مثل هذا أحلف **(فلو أحال بائع على مشتر بالثمن ثم ردّ بعيب أو استحق لم تنفسخ واختير خلافه)** من المدونة وكتاب محمد: إن أحلت غريمك على ثمن عبد أو سلعة بعتها من رجل وهو مليء ثم استحقت السلعة أو العبد أو ردها عليك بعيب فقال ابن القاسم: الحول ثابت عليه يؤديه للمحال عليه ويرجع به عليك. قال: وبلغني ذلك عن مالك. وقال أشهب: الحول ساقط ويرجع غريمك عليك. ابن المواز: وهو أحب إلينا وهو قول أصحاب مالك كلهم **(والقول للمحيل إن ادعي عليه نفي الدين للمحال عليه)** ابن يونس: قال بعض الفقهاء: إذا مات المحال عليه فقال المحال: أحلتني على غير أصل دين، وقال المحيل: بل على أصل دين قال: هو حول ثابت حتى يتبين أنه أحاله على غير أصل دين، لأن أصل الحوالة براءة الذمة وأنها على

لاَ فِي دَعْوَاهُ وَكَالَةً أَوْ سَلَفاً.

باب الضمان

الضَّمَانُ شَغْلُ ذِمَّةٍ أُخرَى بِالْحَقِّ،

باب

ص: **(الضمان شغل ذمة أخرى بالحق)** ش: قال المازري في شرح التلقين: الحمالة في اللغة والكفالة والضمانة والزعامة كل ذلك بمعنى واحد، فتقول العرب: هذا كفيل وحميل وضمين وزعيم. هذه الأسماء هي المشهور. وتقول العرب أيضاً قبيل بمعنى ضمين. ومفهوم قوله: «شغل ذمة أخرى بالحق» ومفهوم قوله بعد «بدين لازم أو آيل» أنه لا يصح التحمل على السفيه إلا بما يلزمه من ذلك وذلك أن ما أخذ السفيه أو اقترضه أو باع به شيئاً من متاعه فلا يخلو إما أن يكون صرفه فيما لا بد منه أو فيما هو مستغنى عنه. فالأول يرجع به على الراجح من القول ويصح ضمانه منه ويرجع عليه الضامن في ماله إذا أدى عنه، وأما ما لا يلزم المحجور فلا يرجع به عليه، فإن ضمنه فيه إنسان رشيد فهل يلزم الضامن غرم أم لا؟ لا يخلو الضامن للمحجور والمضمون له المحجور بأن يعلما أنه محجور أو لا يعلما، أو يعلم الضامن دون المضمون له، أو يعلم المضمون له دون الضامن، ففي الوجه الرابع لا يلزم الضامن شيء اتفاقاً، وفي الثالث يلزمه ما ضمن اتفاقاً، ويختلف في الوجهين الأولين؛ فعند ابن القاسم يلزمه، وعند ابن الماجشون لا يلزمه. هذا ما حصله ابن رشد في نوازل أصبغ من كتاب الحمالة. ولا شك أنه إذا ألزم الضامن غرم ما ضمن لا يرجع به على المحجور. ومن هذا الباب لو ضمن المحجور

أصل دين، فمن ادّعى بعد قبوله الحوالة أنها على غير أصل دين لم يصدق **(لا في دعواه وكالة)** ابن الماجشون: إذا قال المحال للمحيل: كانت ديناً عليك وقال الآخر: ما أحلتك إلا لتقبض لي فهو حوالة حتى يقوم دليل أنها وكالة مثل أن يكون هذا ممن يتصرف لصاحب الدين أو تكون عادته التوكيل على التقاضي وهذا ممن يتوكل في مثل ذلك **(أو سلفاً)** انظر هل يكون هذا معطوفاً على نفي الدين وأقحمه المخرج قبل لا في دعواه. قال ابن القاسم: إذا قال المحيل: أقرضتكها فاقضني فقال المحال: كانت لي ديناً عليك وإحالتي إقرار منك بحقي قال: المقتضي غارم وهي سلف. انظر اللخمي فله هنا بحث. قال ابن شاس:

كتاب الضمان

وهو الحمالة وفيه ثلاثة أبواب: الأول في أركانه وهو المضمون عنه والمضمون له والضامن والصيغة. الباب الثاني في حكمه. الثالث في حمالة الجماعة **(الضمان شغل ذمة أخرى بالحق)** هذه

وَصَحَّ مِنْ أَهْلِ التَّبَرُّعِ: كَمُكَاتَب، إن أَذِنَ سَيِّدُهُمَا، وَزَوْجَةٍ، وَمَرِيضٍ بِثُلُثٍ،

شخصاً لشخص آخر ثم ضمن المحجور الضامن شخص آخر رشيد، فضمان المحجور لا يلزمه شيء. وهل يرجع رب الحق على الرشيد الذي ضمن له المحجور أو لا؟ يأتي التفصيل المتقدم.

قلت: وهذا يشكل على قولهم إذا برىء الأصيل برىء الضامن إلا أن يقال: لما ضمن ما عليه فكأنه متبرع بذلك الحق. وذكر اللخمي خلافاً آخر ونقله عنه القرافي ونص كلام اللخمي في باب الحمالة من تبصرته: الكفالة على المولى عليه على ستة أوجه تلزم في ثلاثة وتسقط في اثنين ويختلف في السادس. فإن كانت الكفالة في أصل العقد والحامل والمتحمل له عالمان بأنه مولى عليه، أو كان الحامل وحده عالماً، كانت الحمالة لازمة. وإن كان المتحمل له عالماً دون الحميل كانت الحمالة ساقطة، وإن كانا يجهلان والكفالة بعد العقد كانت ساقطة أيضاً. وإن كان في أصل العقد وهما لا يعلمان أنه مولى عليه جرت على قولين. فقال عبد الملك في كتاب محمد: الكفالة لازمة، وعلى قول مالك لا يكون للحامل شيء، وعلى هذا يجري الجواب في الحمالة عن الصبي، ينظر هل كانت في أصل العقد أو بعده، وهل يجهلان أن مبايعة الصبي ساقطة أم لا، أو كان أحدهما مما يعلم والآخر يجهل، وإن كانت تلك المداينة والمطالبة مما يلزم السفيه أو الصبي لأنها كانت في غير مغابنة وصرفاها فيما لا بد لهما منه من نفقة أو كسوة أو إصلاح متاع أو عقار جرياً على حكم البالغ أو الرشيد؟ انتهى مختصراً. وانظر ما في النوادر وانظر ابن فرحون في شرح ابن الحاجب والله أعلم. ص: **(كمكاتب ومأذون إن أذن سيدهما)** ش: لا حاجة إلى تقييد المأذون بأن لا يكون عليه دين يغترق ماله، لأن من عليه دين يغترق ماله لا تجوز كفالته وإن كان حراً وهو خارج بقوله من أهل التبرع. ولا يقال تخصيصه المكاتب والمأذون له يقتضي أن غيرهما من المدبر وأم الولد والقن لا يجوز منهم ضمان وإن أذن السيد مع أن ضمانهم بإذن السيد جائز كما صرح به في المدونة، لأنا نقول: إنما قصد رفع توهم أنهما لا يحتاجان إلى إذن السيد لأن المكاتب أحرز نفسه وماله والمأذون قد أذن له في المعاملة، وسيأتي كلام المدونة الموعود به عند قول المصنف: «واتبع ذو الرق بها إن عتق». ص: **(وزوجة)** ش: فإذا تكلفت المرأة بشيء أكثر من ثلث فلزوجها رد الجميع. قال في

عبارة التلقين. قال ابن عرفة: وهذا لا يتناول ضمان الوجه. عياض: وهو على ثمانية أوجه **(وصح من أهل التبرع)** ابن شاس: يشترط في الضامن أهلية التبرع. الباجي: والحميل من لا حجر عليه. **(كمكاتب ومأذون إن أذن سيدهما)** من المدونة قال ابن القاسم: لا يجوز لعبد ولا مكاتب أو مدبر أو أم ولد عتق ولا كفالة ولا هبة ولا صدقة ولا غير ذلك مما هو معروف عند الناس إلا بإذن السيد، فإن فعلوا ذلك بغير إذنه لم يجز إن رده السيد، فإن ردّه لم يلزمهم ذلك وإن عتقوا، وإن لم يردّه حتى عتقوا لزمهم ذلك علم به السيد قبل عتقهم أم لم يعلم. قال ابن القاسم: ولا تجوز كفالة المأذون إلا بإذن سيده **(وزوجة ومريض بثلث)** انظر قبل هذا عند قوله: «وإن بكفالة». وقال ابن يونس: معروف

وَاتُّبِعَ ذو الرِّقِّ بِهِ إِنْ عَتَقَ، وَلَيْسَ لِلسَّيِّدِ جبْرُهُ عَلَيْهِ، وَعَنِ الْمَيِّتِ الْمُفْلِسِ،

كتاب الحمالة من المدونة: وإن كاتبت أو تكفلت أو أعتقت أو تصرفت أو وهبت أو صنعت شيئاً من المعروف، فإن حمل ذلك ثلثها وهي لا يولى عليها جاز ذلك وإن كره الزوج، وإن جاوز الثلث فللزوج رد الجميع وإجازته لأن ذلك ضرر، إلا أن تزيد على الثلث كالدينار وما خف، فهذا يعلم أنها لم ترد فيمضي الثلث مع ما زادت اهـ. ثم قال فيها: وإذا أجاز الزوج كفالة زوجته الرشيدة في أكثر من الثلث جاز، تكفلت عنه أو عن غيره. وإن تكفلت عنه بما يغترق جميع ما لها فلم يرض لم يجز ذلك لا ثلث ولا غيره اهـ. وقال ابن عرفة: وإن تكفلت لزوجها ففيها قال مالك: عطيتها لزوجها جميع مالها جائزة وكذلك كفالتها عند الباجي، يريد بإذنه. وانظر ما نقله عن الباجي فهو ما تقدم في نص المدونة فكيف ينقله عن الباجي. إذا علم ذلك فلا حاجة في كلام المصنف إلى تقييدها بكونها حرة وغير مولى عليها لأنها ليست من أهل التبرع ولا إلى التقييد بكونها لم تضمنه فإن ضمنته جاز وإن استغرق ذلك جميع ما بيدها لأن ذلك لا يجوز بإذنه. وقد قال في المدونة في الكلام السابق: فإن تكفلت عنه بما يغترق جميع مالها فلم يرض لم يجز ذلك لا ثلث ولا غيره، فعلم أن الزوج وغيره في ذلك سواء. نعم يقيد كلام المصنف بأن لا تكون الزيادة على الثلث يسيرة كالدينار وما خف فيمضي ذلك كله والله أعلم. ص: **(واتبع به ذو الرق إن أعتق) ش:** هذا إذا لم يرد ذلك السيد، وأما إذا رده فإنه يسقط عنهم وإن لم يصرح بإسقاطه عنهم لأن رد السيد رد إبطال لا رد إيقاف. قال في المدونة: ولا يجوز لعبد ولا مكاتب ولا مدبر ولا أم الولد كفالة ولا عتق ولا هبة ولا صدقة ولا غير ذلك مما هو معروف عند الناس إلا بإذن السيد، فإن فعلوا بغير إذنه لم يجز إن رده السيد، فإن رده لم يلزمهم ذلك وإن أعتقوا، وإن لم يرده حتى عتقوا لزمهم ذلك علم به السيد قبل عتقهم أو لم يعلم. قال أبو الحسن: جعل رد السيد هنا رد إبطال ومثله في العتق، وجعله في كتاب الاعتكاف رد إيقاف. تقدم كلام المدونة في آخر باب الحجر عند قول المصنف: «كعتق العبد» والله أعلم. ص: **(وليس للسيد جبره عليه) ش:** قال اللخمي في تبصرته: فصل: وللسيد أن يجبر عبده على الكفالة إذا كان في يده مال بقدرها، واختلف إذا كان فقيراً وليس في يديه مال فقال ابن القاسم: إنه لا يجبر. وقال محمد: يجبر اهـ. وكأنه المذهب ونقله عنه ابن عرفة ثم قال ابن عرفة: ولو أشهد سيده أنه ألزمه الكفالة لم تلزمه إلا برضاه اهـ. ص: **(وعن الميت المفلس) ش:** قال في المقدمات: الحمالة على مذهب مالك تجوز

المريض في ثلثه والكفالة معروف. قال ابن القاسم: من تكفل في مرضه فذلك في ثلثه لأنها من ناحية العطية لا كالبيع **(واتبع ذو الرق إن عتق)** تقدم نص المدونة إن لم يردّه السيد لزمهم وإن ردّه لم يلزمهم **(وليس للسيد جبره عليه)** من المدونة قال ابن القاسم: تجوز كفالة العبد ومن فيه بقية رق ولا يجبره السيد على ذلك ولا يلزمهم إن جبره **(وعن الميت المفلس)** عبد الوهاب: ويجوز الضمان عن

وَالضَّامِنِ، وَالمؤجلِ حَالاً، إِنْ كَانَ مِمَّا يُعَجَّلُ، وَعَكْسُهُ إِنْ أَيْسَرَ غَرِيمُهُ أَوْ لَمْ يُوسِرْ فِي الأَجَلِ، وَبِالْمُوسِرِ أَوْ بِالْمُعْسِرِ، لاَ الْجَمِيعِ

على الحي والميت غير أنه إن تحمل عن الحي فأدى عنه كان له الرجوع عليه بما أدى عنه واتباعه به إن كان معدماً، كان تحمل عنه بإذنه أو بغير إذنه. وإن كان تحمل عن ميت لا وفاء له بما تحمل عنه لم يكن له أن يرجع بما أدى عنه في ماله إن طرأ له اهـ. وفي السؤال الثالث من كتاب الحمالة من المازري عن التلقين: لم يختلف أحد من أهل العلم في جواز الحمالة عن الحي موسراً كان أو معسراً ولا في الحمالة عن الميت إذا كان موسراً. وإنما اختلفوا في الحمالة عن الميت إذا كان معسراً، فالجمهور على جواز الحمالة وانفرد أبو حنيفة والثوري فمنعا ذلك اهـ. وقال ابن الحاجب: ولو تنازعا في أنه دفعه فالقول قول الدافع إلا لقرينة. قال في التوضيح: يعني إذا أدى رجل عن رجل ديناً ثم قام الدافع يطلب المال وقال المدفوع عنه إنما دفعت عني على وجه المعروف احتساباً، فالقول قول الدافع لأن الأصل عدم خروج ملكه إلا على الوجه الذي قصده إلا أن تقوم قرينة تدل على كذب الدافع كما إذا دفع عن الميت المفلس ثم طرأ له مال لم يعلم به وطلب الرجوع. ابن عبد السلام: إلا أن تقوى القرينة فينبغي أن يحلف الدافع وحينئذ يأخذ ما دفع اهـ. فيؤخذ من كلام ابن عبد السلام أنه لو لم تقم قرينة بالكلية لصدق بلا يمين، وإذا قويت القرينة لا يصدق أصلاً. وفي كتاب المديان من المدونة: ومن مات وعليه دين فتبرع رجل فضمن دينه فذلك لازم له ولا رجوع له عن ذلك، فإن كان للميت مال رجع فيه بما أدى إن قال إنما أديت لأرجع في ماله، وإن لم يكن له مال والضامن عالم فإنه لا يرجع في مال إن ثاب للميت لأنه بمعنى الحسبة. قال أبو الحسن: التبرع ما كان من غير سؤال والنظر ما كان عن سؤال. ص: **(والضامن عالم)** ش: جعل له الرجوع إلا أن يكون عالماً بأنه لا مال له وقال ثاب أي ظهر اهـ. ثم قال فيها: ومن ضمن لرجل ماله على ميت ثم بدا له فقد لزمه

الميت خلف وفاء أو لم يخلف. **(والضامن)** من المدونة قال ابن القاسم: ومن له على رجل دين إلى أجل وأخذ منه قبل الأجل حميلاً ورهناً على أن يوفيه حقه إلى الأجل أو إلى ديونه فذلك جائز لأنه زيادة توثق **(إن كان مما يعجل)** ابن يونس: إنما يجوز إلى دون الأجل إن كان الحق مما له تعجيله، وأما إن كان عرضاً أو حيواناً من بيع فلا يجوز لأنه حط الضمان عني وأزيدك توثقاً **(وعكسه)** من المدونة لابن القاسم: وكذلك إن حل الأجل فأقره على أن أخذ منه حميلاً أو رهناً جاز لأنه ملك قبض دينه مكانه، فتأخيره به كابتداء سلف على حميل أو رهن قال: وإن لم يحل الأجل فأخره به إلى أبعد من الأجل بحميل أو رهن لم يجز لأنه سلف بنفع **(إن أيسر غريمه أو لم يوسر في الأجل وبالموسر أو المعسر لا بالجميع)** لم يذكر ابن يونس إلا ما تقدم. وقال اللخمي: إن حل الدين فأعطاه حميلاً على أن يؤخره فإن كان الغريم موسراً بجميع الحق كان التأخير والحمالة جائزة، وإن كان معسراً وأخره لوقت يرى أنه ييسر إليه ولا ييسر دونه جاز، وإن كان موسراً ببعض الحق فأعطاه حميلاً بالقدر الذي

بِدَيْنٍ لازِمٍ، أَوْ آيِلٍ إِلَيْهِ، لاَ كِتَابَةٍ بَلْ كَجُعْلٍ،

ذلك، قال أبو الحسن: اللخمي: وأرى إذا ضمن القضاء عن ميت وكان ظاهره اليسر ثم تبين أنه معسر أن لا يكون عليه شيء لأنه يقول إنما تحملت لأرجع ولو علمت أنه معسر لم أضمن اهـ. **ص: (والضامن) ش:** يعني أنه يصح الضمان عن الضامن. قال في المدونة: ومن أخذ من الكفيل كفيلاً لزمه ما لزم الكفيل اهـ. قال في الشامل: وإن كانا معاً بحال غرمه الأول إن حل وغاب غريمه، فإن أعدم فالثاني، فإن غاب الأول أيضاً فأحضر الثاني أحدهما موسراً برىء وإلا غرم، فإن غاب الكل برىء بمال غريمه إن وجد وإلا فالأول ثم الثاني. وإن كانا معاً بوجه فغاب غريمه أحضره الأول وإلا غرم، فإن كان عديماً برىء الثاني لحضور من ضمنه، وإن غاب الأول أيضاً أحضر الثاني أحدهما وإلا غرم، وإن غاب الكل أخذ من غريمه إن كان وإلا فالأول ثم الثاني إن لم يثبت فقد غريمه مع الأول، وإن كان بمال دون الثاني فغاب غريمه غرم الأول دون الثاني إن كان غريمه فقيراً، فإن غاب الأول أيضاً فأحضر الثاني غريمه موسراً والأول مطلقاً وإلا غرم، وإن غاب الثاني ووجد له مال أخذ منه إلا أن يثبت فقر الأول، وإن كان الأول بوجه دون الثاني فغاب غريمه أحضر الأول وإلا غرم، فإن أعدم غرم الثاني، وإن غاب الأول أيضاً برىء الثاني إن أحضر غريمه مطلقاً والأول موسراً، فإن مات الغريم برىء الثاني لبراءة الأول وكذا لو مات الأول على الأصح، ولو مات الثاني جرى على حكم حمل المال إذا مات على الأظهر اهـ. وأصله للخمي إلا أن كلام الشامل أخصر والله أعلم. **ص: (بدين لازم أو آيل) ش:** هذا من أركان الضمان وهو المال المضمون قال ابن عرفة: المضمون ما يتأتى عليه من الضامن أو ما يستلزمه، فدخل الوجه وكل كلي إلا الجزء الحقيقي كالمعين، ولذا جازت

هو به موسر ليؤخره جاز، وإن كان بما هو به معسر ويقبض الآن ما هو به موسر جاز، وإن كان ليؤخره بالجميع لم يجز لأنه لم يوثقه بما هو به معسر إلا لمكان تأخير ما هو به موسر وذلك سلف جر منفعة **(بدين لازم)** ابن يونس: القضاء أن كل ما يلزم الذمة فالكفالة به جائزة، وأما الحدود والأدب والتعازير فلا تجوز الكفالة فيه وقاله مالك. قال: بكير: ولا تجوز في دم أو زنا أو سرقة أو شرب خمر ولا في شيء من الحدود. ابن يونس: لأن فائدة الحمالة أن يحل الضامن محل المضمون في تعذر أخذ الحق منه، وهذا المعنى يتعذر في الحدود، لأن استيفاءها من الضامن لا يجوز. وانظر قد وقع لأصبغ في الفاسق المتعسف على الناس يؤخذ فيتحمل رجل عنه بكل ما يجترم أن ذلك لازم إلا في القتل خاصة. قال فضل: انظر هل يريد فيغرم الدية **(أو آيل لا كتابة)** ابن شاس: من شروط المضمون أن يكون حقاً ثابتاً مستقراً أو مآله إلى ذلك، فلا تصح الحمالة بالكتابة إذ ليست بدين ثابت مستقر ولا تؤول إلى ذلك لأن العبد إن عجز رق وانفسخت الكتابة **(بل كجعل)** ابن شاس: لا يصح ضمان الجعل في الجعالة إلا بعد العمل وتبعه ابن الحاجب. ابن عرفة: ولا أعرف هذا لغيرهما وفيه نظر، ومقتضى المذهب الجواز لقولها مع غيرها بصحة ضمان ما هو محتمل الثبوت استقبالاً. قيل: ثمانية لا

وَدَايِنْ فُلاَناً، وَلَزِمَ فِيمَا ثَبَتَ

بعمل المساقاة لأنه كلي حسبما دلت عليه أجوبتها مع غيرها وتوقف فيه بعض المفتيين. ص: **(وداين فلاناً)** ش: قال ابن عرفة: ومن تحمل لفلان بما له قبل فلان في لزوم غرمه ما أقر به فلان بإقراره أو وقفه على ثبوته ببينة نقلا اللخمي قولي ابن القاسم في الدمياطية والمدونة قال: والأول أحسن في البزاز وما العادة المداينة فيه بغير بينة، وسمع عيسى رواية ابن القاسم: من قال أنا حميل بما بويع به فلان لم يلزمه شيء مما بويع به إلا ببينة إلا بإقراره. وكذا من شكى إليه مطل رجل فقال ما عليه عليّ لم يلزمه ما أقر به المطلوب إلا ما ثبت ببينة. ابن رشد: مثله قولها من قال لرجل بايع فلاناً فما بايعته به من شيء فأنا ضامن ثمنه، لزمه إذا ثبت ما بايعه به. زاد غيره على وجه التفسير: إنما يلزمه ما يشبه أن يداين بمثله المحمول عنه. ولا خلاف عندي فيه ولا في مسألة الشكوى. وقال من أدركنا من الشيوخ: هاتان المسألتان خلاف دليل قولها فيمن قال لي على فلان ألفا درهم، فقال رجل أنا بهما كفيل، فأنكر فلان أنه لا شيء على الكفيل إلا ببينة على الحق لأن الذي عليه قد جحده، فقوله: «لأن الذي عليه الحق قد جحده» يدل على أنه لو أقر لزمته الحمالة وليس بصحيح، لأن المسألتين مفترقتان. من قال لمن قال: لي على فلان ألف دينار أنا بها كفيل لزمت الكفالة بإقرار المطلوب اتفاقاً، ولو قال: لي على فلان حق فقال رجل: أنا به كفيل فأنكر فلان أنه لا شيء على الكفيل لم تلزمه الكفالة بما أقر به المطلوب إلا ببينة قولاً واحداً، كمن قال لرجل أنا ضامن لما بايعت به فلاناً أو لما بويع به. وما نقله عياض في قولها من ادعى على رجل حقاً فأنكر أنه تلزمه الحمالة بإقرار المطلوب. وأخذ ذلك من دليل قولها «لأن الذي عليه الحق يجحده» وإن عيسى سمع مثله خلافاً لنقل ابن رشد الاتفاق على عدم لزومه، وفي دعوى ابن رشد الفرق دون تبيينه نظر، لأن رد مستدل عليه بدعوى عارية عن دليل لغو اهـ. ونص كلام عياض المشار إليه من التنبيهات قوله في الكتاب فيمن ادعى قبل رجل حقاً وهو منكر فقال له رجل أنا كفيل لك به إلى غد فإن لم آتك به فأنا ضامن للمال فلم يأت به في غد، فلا يلزم الحميل شيء حتى يثبت الحق ببينة فيكون حميلاً. ظاهر هذا اللفظ أن إقرار المنكر بعد لا يلزم الكفيل شيئاً إلا بثبات البينة، وهو نص ما في كتاب محمد، ومثله في سماع عيسى، وعلى هذا حمل بعضهم مذهب الكتاب. واستدل أيضاً بقوله بعد هذا في مسألة بايع فلاناً. وقيل: بإقراره كقيام البينة وهو دليل الكتاب في المسألة الأخرى في قوله: «إن الذي عليه الحق قد جحده» فدليله أنه لو أقر لزمه ومثله في سماع عيسى أيضاً اهـ. وانظر لم لم يعارض ابن عرفة كلام ابن رشد بكلام اللخمي المتقدم،

يجوز التحمل بها: الكتابة والصرف والقصاص والحدود والتعزير ومبيع بعينه وعمل أجير يعمل بنفسه وحمولة دابة بعينها. وإحدى عشرة مسألة يجوز الحمل فيها: الحمالة والهبة والوصية والبراءة من المجهول والصلح والخلع والصداق والقراض والمساقاة والمغارسة والصدقة **(وداين فلاناً ولزم فيما ثبت**

وَهَلْ يُقَيَّدُ بِمَا يُعَامَلُ بِهِ؟ تَأْوِيلاَنِ

والظاهر أيضاً أنه معارض للاتفاق الذي ذكره. وهذه المسألة في رسم الثمرة من سماع عيسى من الكفالة ثم قال ابن عرفة: وهو بقية كلام ابن رشد ما نصه: وإنما اختلف فيمن قال: أنا كفيل لفلان بألف دينار له على فلان في غرمها الكفيل، ولو أنكر المطلوب ثالثها إن كان عديماً وعلى الأول لا يلزم المطلوب غرم للحميل إلا ببينة لسماع يحيى ابن القاسم مع كتاب ابن سحنون ورواية أشهب وما يقوم من قول ابن القاسم في أول رسم من سماعه من كتاب الشهادات.

قلت: وفي الشفعة منها: من تكفل بنفس رجل ولم يذكر ما عليه جاز، فإن غاب المطلوب قيل للطالب: أثبت حقك ببينة وخذه من الكفيل، فإن لم تقم بينة وادعى أن له على المطلوب ألف درهم فله أن يحلف الكفيل على علمه، فإن نكل حلف الطالب واستحق.

قلت: انظر هذا مع ما تقدم من قول ابن رشد لم تلزم الكفالة بما أقر به المطلوب إلا ببينة قولاً واحداً اهـ. وقال في وثائق الجزيري: لا مطالبة لصاحب الدين للحميل إلا بعد ثبوت الدين، فإن عجز وزعم أن الحميل يعرف الدين حلف الحميل على علمه وبرىء، فإن نكل أو أقر حلف الطالب أن الحميل يعرف حقه قبل الغريم وغرم الحميل فإذا أوجد الحميل الغريم، فإن أقر له غرم، وإلا حلف وبرىء وحبس الحميل ولا رجوع له على الطالب. اهـ.

فرع: قال المتيطي في عقد الوثيقة في الضمان ما نصه بعد معرفة الضامن فلان بوجوب العدة للمضمون له قبل المضمون عنه ثم قيل: فإن حضر المضمون عنه ضمنته في عقد الإشهاد، وإن لم يحضر فتكتفي بما ذكرنا في النص من معرفة الضامن بوجوب العدة له قبل الغريم فلان بإقراره بذلك، أو يكون على أصل الحق بينة وحضوره أتم وأكمل اهـ.

مسألة: إذا قال شخص عامل فلاناً فهو ثقة. ذكر البرزلي في مسائل الحمالة فيه خلافاً هل هو ضامن، ويفهم من كلامه أن المشهور عدم الضمان وأنه من باب الغرور بالقول. ص: **(وهل يقيد بما يعامل به تأويلان)** ش: التقييد بما يعامل به هو قول الغير في المدونة. قال ابن عرفة: قال ابن عبد السلام: للشيوخ كلام في قول الغير هل هو تقييد أو خلاف. قال ابن عرفة: لا أذكر من حمله على الخلاف بل نص ابن رشد والصقلي على أنه وفاق اهـ. وعمدة المصنف في ذكر التأويلين كلام ابن عبد السلام فيما يظهر فإنه نقله عنه في التوضيح وبه فسر

وهل يقيد بما يعامل به تأويلان) من المدونة قال مالك: من قال لرجل: بايع فلاناً أو داينه فما بايعته به من شيء أو داينته به فأنا ضامن لزمه ذلك إذا ثبت مبلغه، وقال غيره: إنما يلزمه من ذلك ما كان يشبه أن يداين بمثله المحمول عنه ويبايع به. ابن يونس: وليس ذلك

وَلَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ الْمُعَامَلَةِ، بِخِلَافِ احْلِفْ وَأَنَا ضَامِنٌ بِهِ، إِنْ أَمْكَنَ اسْتِيفَاؤُهُ مِنْ ضَامِنِهِ وَإِنْ جُهِلَ، أَوْ مَنْ لَهُ، وَبِغَيْرِ إِذْنِهِ:

الشارحان التأويلين، فعلم أن جعله تقييداً هو المذهب والمعروف منه والله أعلم. **ص: (بخلاف احلف وأنا ضامن) ش:** قال ابن يونس: قال مالك فيمن قال لرجل احلف في أن الذي تدعي قبل أخي حق وأنا ضامن ثم رجع أنه لا ينفعه رجوعه، ويلزم ذلك إذا حلف الطالب، وإن مات كان ذلك في ماله، فإن أقر المطلوب بما غرم الحميل غرم له ذلك، وإن أنكره كان للحميل أن يحلفه، فإن نكل غرم وليس له أن يحلف الحميل إذ لا علم عنده، ولا له أن يحلف الطالب لأنه قد حلف أولاً وأشبهت يمينه يمين التهم التي بالنكول عنها يغرم. اهـ من أبي الحسن. **ص: (وإن أمكن استيفاؤه من ضامنه) ش:** قال اللخمي في كتاب الشركة في شركة الأبدان فيما إذا مرض أحد الشريكين: ولو كانت الإجارة على عمل رجل لم يجز أن يضمن عنه آخر ذلك الفعل إن مرض أو مات أو غاب اهـ. **ص: (وإن جهل) ش:** من صور هذه المسألة ما قال في المدونة: ومن قال لرجل ما ذاب لك قبل فلان الذي تخاصم فأنا لك به حميل، فاستحق قبله مالاً كان هذا الكفيل ضامناً له. قال في التنبيهات: ذاب بالذال المعجمة وألف ساكنة ومعناه ما ثبت لك وصح اهـ. قال في التوضيح إثر هذه المسألة: ولا إشكال إن ثبت الدين ببينة وإن أقر له بعد الضمان فقولان. واستقرأهما عياض وغيره من المدونة ابن المواز: وأما ما أقر بـه قبل الحمالة فيلزمه غرمه. وقيد ابن سحنون القول بأنه لا يلزمه بما إذا كان

بخلاف **(وله الرجوع قبل المعاملة بخلاف احلف وأنا ضامن به)** قال ابن القاسم: ولو لم يداينه حتى أتاه الحميل فقال: لا تفعل فقد بدا لي فذلك له بخلاف قوله: احلف وأنا ضامن ثم رجع قبل اليمين، هذا لا ينفعه رجوعه لأنه حق وجب **(إن أمكن استيفاؤه من ضامنه)** تقدم نص بكير وقول ابن يونس في الحدود لأن استيفاءها من الضامن غير جائز **(وإن جهل)** قال أبو محمد: ولما جازت هبة المجهول جازت الحمالة لأنه معروف **(أو من له)** ابن شاس: الركن الثاني المضمون له، ولا يشترط معرفته بل لو مات من عليه ديون لا يدري كم هي وترك مالاً لا يدري كم هو فتحمل بعض ورثته بدينه نقداً أو إلى أجل على أن يخلى بينه وبين ماله، فإن كان على إن كان فيه فضل بعد وفاء الدين كان بينه وبين الورثة على فرائض الله، وإن كان نقصاً فعليه وحده فذلك جائز لأن ذلك فيه على وجه المعروف وطلب الخير للميت ولورثته. وأما إن كان له الفضل بعد وفاء الدين وعليه النقصان له فلا يجوز لأنه غرر وغير وجه من الفساد. قال: ولو كان وارثاً واحداً كان جائزاً، فإن طرأ عليه غريم لم يعلم به فعليه أن يغرم له، ولا ينفعه قوله: «لم أعلم به وأنا تحملت بما علمت» **(وبغير إذنه)** من المدونة: إن أشهد رجل على نفسه أنه ضامن بما قضى لفلان على فلان أو قال: أنا كفيل لفلان بما له على فلان وهما حاضران أو غائبان أو أحدهما غائب، لزمه ما أوجب على نفسه من الكفالة والضمان لأن ذلك

الغريم معسراً، وأما الموسر فلا تهمة فيه اهـ. وهذا أيضاً مخالف لما نقله ابن رشد من الاتفاق والله أعلم. ومن صور المسألة ما ذكر المصنف في التوضيح وابن عرفة وأصله في العتبية ونصه: قال في رسم أخذ يشرب خمراً من سماع ابن القاسم من كتاب المديان: سئل مالك عمن هلك وعليه ثلاثة آلاف دينار ولم يترك إلا ألفاً ولم يترك وارثاً إلا ابناً له، فيقول ابنه لغرمائه خلوا بيني وبين الألف دينار التي ترك أبي وانظروني بدين أبي إلى سنتين وأنا ضامن لكم جميع دين أبي. قال: أرأيت لو كان معه وارث غيره وترك مالاً لا يعرف أنه وفاء أم لا قلت له: قد سمعت منك قولاً قال: ما هو؟ قلت له: قلت: إن كان فيه فضل بينه وبين ورثته على كتاب الله فلا بأس به، وإن كان على أنه إن كان له فضل كان له بما ضمن من النقصان فلا خير فيه. قال: نعم. قلت له: إنما أردت منه أنه وارث واحد لم يترك إلا ألفاً وعليه ثلاثة آلاف وسأل أن يؤخروه على أنه ضامن. فقال: أما مثل هذا فلا بأس به. وقد بلغني عن ابن هرمز مثل ذلك. ابن رشد: رأيت لابن دحون أنه قال: هذه مسألة ردية. قال: لو أنه تبع فيها ابن هرمز ما أجازها لأنه أخذ عيناً ليعطي أكثر منها إلى أجل ولأنه ضمن ما على أبيه من دين وهو مجهول إذ لو قدم غريم لم يعلم به للزمه دينه، ولو شرط أن لا يؤدي إلا لمن حضر لم يجز لأن الغائب إذا قدم أخذ حصته وكله غرر. وقول ابن دحون هذا غير صحيح إذ لا يصح أن يتأول على مالك ولا غيره من أهل العلم أنه أجاز هذه المسألة اتباعاً لهرمز وهو يرى أنه كمن أخذ عيناً ليعطي أكثر منه وليضمن ما يطرأ على المتوفى من دين وهو مجهول، إذ لا يجوز عند أحد من العلماء أن يقلد العالم فيما يرى باجتهاده أنه أخطأ. وإنما اختلفوا هل له أن يترك النظر في نازلة إذا وقعت ويقلد من نظر فيها واجتهد أم لا. ومذهب مالك الذي تدل عليه مسائله أن ذلك لا يجوز، فلم يتابع مالك ابن هرمز في هذه المسألة دون نظر بل رآها جائزة، وحكى إجازة ابن هرمز استظهاراً واحتجاجاً على من خالفه.

والوجه في ذلك أن الألف دينار التي ترك الميت لم تدخل بعد في ضمان الغرماء فيكونون قد دفعوها في أكثر منها إلى أجل بدليل أنها لو تلفت ثم طرأ للميت مال لكانت ديونهم فيه وكانت مصيبة الألف من الوارث، فلما كانت على ملك الميت جاز أن يحل الوارث فيها محله ويعمل مع الغرماء ما كان يجوز أن يعمله معهم لو كان حياً. ألَا ترى أنه لو فلس فلم يوجد له إلا الألف دينار وللغرماء ثلاثة آلاف دينار، لجاز أن يتركوا له الألف ويؤخروه بحقوقهم حتى يتجر بها ويوفيهم ذلك ولم يكونوا إذا فعلوا ذلك أعطوا ألفاً في أكثر منها إلى أجل وإن كانوا قد ملكوا أخذ الألف إذ لم تحصل بعد في ضمانهم فلذلك خير الوارث، فهذا هو الذي ذهب إليه مالك، والذي يدل على ذلك من إرادته أنه لم يجز ذلك لأحد الورثة إذا كانوا جماعة إلا على أن يكون الفضل بينهم لأن تجارته فيها إنما هو على ملك الميت. فهذا وجه قول مالك في هذه المسألة، وسيأتي في رسم البيوع من سماع أشهب مسألة

كَأَدَائِهِ رِفْقاً لاَ عَنَتاً فَيُرَدُّ: كَشِرَائِهِ، وَهَل إِنْ عَلِمَ بَائِعُهُ وَهُوَ الأَظْهَرُ؟ تَأْوِيلاَنِ،

من هذا المعنى سنتكلم عليها إن شاء الله تعالى اهـ. وزاد في المسألة هناك أنه إذا طرأ غريم لزم الابن ضمان ماله والله أعلم.

فرع: قال ابن يونس في كتاب الحمالة: قد تقدم أن الحمالة بالمال المجهول جائزة فكذلك الحمالة بالمال إلى أجل مجهول جائزة، ويضرب له من الأجل بقدر ما يرى. قال ابن القاسم: ومن قال لرجل إن لم يوفك فلان حقك فهو علي ولم يضرب لذلك أجلاً، تلوم له السلطان بقدر ما يرى ثم لزمه المال إلا أن يكون الغريم حاضراً ملياً. وإن قال إن لم يوفك فلان حقك حتى يموت فهو عليّ، فلا شيء على الوكيل حتى يموت الغريم يريد يموت عديماً. ابن يونس: ولو مات الحميل قبل موت فلان وجب أن يوقف من ماله قدر الدين، فإن مات المحمول عنه عديماً أخذ المحمول له ذلك المال الموقوف اهـ. وفي المدونة: ولا بأس أن يتكفل بمال إلى الغريم إلى خروج العطاء وإن كان مجهولاً إن كان في قرض أو في تأخير بثمن بيع صحت عقدته، وإن كان في أصل بيع لم يجز إذا كان العطاء مجهولاً اهـ. وفي اللخمي نحو ذلك وكذلك في الذخيرة. وسيقول المؤلف: «أو إن مات» ص: **(كأدائه رفقاً)** ش: ظاهره أنه يلزم رب الدين قبوله ولا كلام له ولا لمن عليه الدين، وهذا ظاهر إذا دعا أحدهما إلى القضاء، فإن امتنعا معاً فالظاهر أنه لا يلزمهما حينئذ. ثم وقفت على كلام ابن عرفة الآتي عند قوله: «أو بتسليمه نفسه إن أمره به» وهو نص في المسألة ص: **(لا عنتاً)** ش: أي لا إن أدى عنه الدين ليعنته أي ليتعبه فإنه يرد. قال اللخمي: إلا أن يغيب الطالب بالمال فيقيم القاضي وكيلاً يقتضي ذلك من الغريم اهـ، ونقله أبو الحسن في كتاب المديان ص: **(كشرائه)** ش: أي لقصد الضرر. قال أبو الحسن: أداؤه عنه عنتاً وشراؤه لقصد الضرر من أفعال القلوب، وهذا لا يعلم إلا بإقراره قبل

معروف، والمعروف من أوجبه على نفسه لزمه. **(كأدائه)** من المدوّنة قال مالك: من أدى عن رجل حقاً لزمه بغير أمره فله أن يرجع عليه. قال ابن القاسم: وكذلك من تكفل عن صبي بحق قضى به عليه فأداه عنه بغير أمر وليه فله أن يرجع به في مال الصبي، وكذلك لو أدى عنه ما لزمه من متاع كسره أو أفسده أو اختلسه لأن ما فعل الصبي من ذلك يلزمه. وقاله مالك. ابن المواز: قال ابن القاسم: وكذلك إذا كان الصغير الجاني ابن سنة فصاعداً. محمد: وأما الصغير جداً مثل ابن ستة أشهر لا ينزجر إذا زجر فلا شيء عليه **(رفقاً لا عنتاً فيرد كشرائه)** من المدونة: من أدى عن رجل ديناً عليه بغير أمره أو دفع عنه مهر زوجته جاز ذلك إن فعله رفقاً بالمطلوب، وأما إن أراد الضرر بطلبه وإعناته وأراد سجنه لعدمه لعداوة بينه وبينه منع من ذلك، وكذلك إن اشتريتم ديناً عليه تعنيتاً له لم يجز البيع ورد إن علم بهذا **(وهل إن علم بائعه وهو الأظهر تأويلان)** ابن يونس: اختلف شيوخنا إن كان مشتري الدين قاصداً بشرائه الإضرار والبائع غير عالم بقصده فقال بعضهم: يفسخ البيع مثل تواطئهما جميعاً، وشبهه كالمسلف يقصد بسلفه النفع والقابض المتسلف لا علم عنده، وكبيع من

لاَ إنْ ادُّعِيَ عَلَى غَائِبٍ فَضَمِنَ ثُمَّ أَنْكَرَ، أَوْ قَالَ لِمُدَّعٍ عَلَى مُنْكِرٍ: إنْ لَمْ آتِكَ بِهِ لِغَدٍ فَأَنَا ضَامِنٌ وَلَمْ يَأْتِ بِهِ، إنْ لَمْ يَثْبُتْ حَقُّهُ بِبَيِّنَةٍ، وَهَلْ بِإِقْرَارِهِ؟ تَأْوِيلاَنِ: كَقَوْلِ الْمُدَّعِي عَلَيْهِ: أَجِّلْنِي الْيَوْمَ، فَإِنْ لَمْ أُوَافِكَ غَداً فَالَّذِي تَدَّعِيهِ عَلَيَّ حَقٌّ،

ذلك أو بقرائن تدل الشهود على أنه قصد ذلك اهـ. ص: **(إن لم يثبت حقه ببينة وهل بإقراره تأويلان)** ش: الشرط وما بعده راجع للمسألتين قبله. انظر المدونة في الحمالة وكلام أبي الحسن عليها منه ذلك. ص: **(كقول المدعى عليه أجلني اليوم فإن لم أوفك غداً فالذي تدعيه علي حق)** ش: يحتمل أن يقرأ قوله «أوفك» بألف بعد الواو وتخفيف الفاء من الموافاة وهي الملاقاة، ويشير إلى ما قاله في مفيد الحكام لابن هشام ومن كتاب الجدار: وسئل عيسى عن الخصمين يشترط أحدهما لصاحبه إن لم يوافه عند القاضي إلى أجل سمياه فدعواه باطلة إن كان مدعياً، أو دعوى صاحبه حق إن كان مدعى عليه فيخلفه، هل يلزمه هذا الشرط؟ فقال: لا يوجب هذا الشرط حقاً لم يجب ولا يسقط حقاً قد وجب وهذا باطل. وسئل عن الخصمين يتواعدان إلى الموافاة عند السلطان وهو على بعد منهما ليوم يسميانه، فيقول أحدهما لصاحبه: إني أخاف أن تخلفني فأنقلب وأغرمك دابتي، فيقول له صاحبه: إن أخلفتك فعلي كراء الدابة ثم يخلفه. قال: لا أرى ذلك يلزمه اهـ. ويحتمل أن يقرأ: «أوفك» بإسقاط الألف وتشديد الفاء من الوفاء ونحوه في الحمالة من المدونة ونصها: وإن أنكر مدعى عليه ثم قال للطالب: أجلني اليوم فإن لم أوفك غداً فالذي تدعيه قبلي حق، فهذا مخاطرة ولا شيء عليه. ابن يونس: أي ولا شيء عليه إن لم يأت به إلا أن يقيم عليه بذلك بينة اهـ. وقال أبو الحسن: لأنه قد لا يقدر أن يأتي به إذ يتعذر ذلك عليه اهـ.

تلزمه الجمعة ممن لا تلزمه. وقال غيره: إذا لم يعلم البائع بقصد المشتري للضرر لم تفسخ عليه صفقته ويباع الدين على المشتري فيرتفع الضرر عن الذي عليه الدين. ابن يونس: وهذا القول بين وظاهر الكتاب يدل على الأول **(لا إن ادّعى على غائب ثم ضمن فأنكر)** من المدوّنة: من قال لي: على فلان ألف دينار فقال له رجل: أنا بها كفيل فأتى فلان فأنكرها لم يلزم الكفيل شيء حتى يثبت ذلك ببينة **(أو قال لمدع على منكر إن لم آتك به لغد فأنا ضامن ولم يأت به إن لم يثبت حقه ببينة وهل بإقراره تأويلان)** من المدونة قال ابن القاسم: من ادعى على رجل حقاً فأنكره فقال له رجل: أنا كفيل به إلى غد، فإن لم آتك به غداً فأنا ضامن للمال الذي عليك وسمى عدده، فإن لم يأت به غداً فلا يلزم الحميل شيء حتى يثبت الحق ببينة فيكون حميلاً بذلك، وسواء أقر المدعى عليه الآن بهذا المال أو أنكر إذا كان اليوم معدماً. وقال عياض: ظاهر الكتاب إن أقر المنكر بعد لا يلزم الكفيل شيء إلا بثبات البينة وهو نص في كتاب محمد ولابن القاسم في العتبية. وقيل: بل إقراره كقيام البينة وهو دليل المدوّنة أيضاً ومثله في العتبية **(لقول المدعى عليه أجلني اليوم فإن لم أوافك غداً فالذي تدعيه علي حق)** قال ابن القاسم: وإن أنكر المدعى عليه ثم قال للطالب: أجلني اليوم فإن لم آتك غداً فدعواك

وَرَجَعَ بِمَا أَدَّى وَلَوْ مُقَوَّماً، إِنْ ثَبَتَ الدَّفْعُ،

فرع: قال أبو الحسن الصغير في كتاب الخيار في شرح قوله: ولو شرط إن لم يأت بالثوب قبل غروب الشمس. الشيخ: وكذلك ما يقوله الناس اليوم من لم يحضر مجلس القاضي وقت كذا فالحق عليه لا يلزمه ما التزمه اهـ.

فرع: قال في مفيد الحكام: لو قال لغريمه إن عجلت لي من حقي كذا وكذا فبقيته موضوعة عنك إما الساعة أو إلى أجل سماه فيعجل ذلك في الساعة أو في الأجل إلا الدرهم أو نصفه أو أكثر منه، هل يلزمه الوضيعة؟ فقال عيسى في كتاب الجدار: ما أرى الوضيعة تلزمه إذا لم يعجل جميع حقه. اهـ بالمعنى ص: **(ورجع بما أدى ولو مقوماً)** ش: قال ابن رشد في رسم الأقضية من سماع يحيى من كتاب الحمالة: أما إذا اشترى الكفيل العرض الذي تحمل به فلا اختلاف أعرفه في أنه يرجع على المطلوب بالثمن الذي اشتراه به ما لم يحاب البائع فلا رجوع له بالزيادة على القيمة اهـ. ص: **(إن ثبت الدفع)** ش: والدفع إنما يثبت بالبينة المعاينة للدفع أو بإقرار صاحب الدين، وأما إقرار المطلوب فلا يثبت به الدفع. فيفهم من كلام المؤلف أن الحميل لا يرجع إذا لم يكن الإقرار المضمون عنه بأنه دفع الحق للطالب إذا أنكر الطالب القبض وهو كذلك. قال في التوضيح: ولا أعلم في هذا خلافاً إذا ادعى الضامن ذلك بغير حضرة الغريم، وأما بحضرته فلابن القاسم في سماع عيسى أنه لا يرجع لتقصيره في الإشهاد، وله في سماع أبي زيد أنه يرجع لأن التقصير كان من الغريم لأن الحميل أدّاها عنه بحضرته. ابن رشد: والأول أظهر لأن المال للضامن فهو بالإشهاد على دفعه أحق اهـ. يشير بذلك لقوله في سماع عيسى: ولو أن الحميل دفعها من مال نفسه بحضرة الذي عليه الحق ثم جحد الذي قبضها أن يكون قبض شيئاً والذي عليه الحق يشهد أنه دفعها من مال نفسه بحضرة الذي عليه الحق، أخذت من الذي عليه الحق إن كان موسراً ولم يتبعه الحميل بشيء من العشرة التي دفع، وكان مصيبة العشرة الأولى من الحميل. قال ابن رشد: إذا دفع عشرة من ماله إلى الطالب بحضرة المطلوب ولم يشهد فجحد القابض فقال في هذه الرواية: إن مصيبة العشرة دنانير من الحميل الدافع وتؤخذ العشرة من المطلوب، فإن لم تؤخذ منه على قوله وأخذت من الحميل ثانية رجع بها على المطلوب. وقال في سماع أبي زيد: إنه إن أخذت من الحميل ثانية بحضرة المطلوب أيضاً رجع عليه بعشرين، فإن لم تؤخذ منه ثانية على قوله وأخذت من المطلوب رجع بالعشرة الأولى على المطلوب. والمعنى فيه ما ذهب إليه في رواية أبي زيد هذه أنه رأى التقصير

حق فغاب في الغد ولم يأت، فهذه مخاطرة ولا شيء عليه إن لم يأت إلا أن يقيم عليه بذلك بينة. **(ورجع بما أدى ولو مقوماً)** من كتاب محمد: من تحمل بعبد أو بحيوان أو عرض أو طعام فأداه الحميل من عنده رجع في ذلك كله بمثله لأنه سلف. ابن يونس: وهذا هو الصواب **(إن ثبت الدفع)** نص ابن الحاجب أن الضامن لا يرجع على الغريم إلا إذا أدى من صاحب الحق ببينة أو بإقرار

وجَازَ صُلْحُهُ عَنْهُ بِمَا جَازَ لِلْغَرِيمِ عَلَى الأَصَحِّ،

في ترك الإشهاد على الدافع كان من المطلوب إذا أداها الحميل عنه بحضرته إلى الطالب فجحدها لأنه أتلفها عليه بتضعيفه الإشهاد، فوجب أن يرجع بها، ورأى في رواية عيسى أن التقصير في ترك الإشهاد على الدافع كان من الحامل، لأن المال ماله فهو أحق بالإشهاد لا من المطلوب الحاضر فلم ير له بها عليه رجوعاً من أجل أنه هو أتلفها على نفسه وهو الأظهر، لأن المال ماله فهو أحق بالإشهاد على دفعه من المطلوب وإن كان حاضراً. فهذا معنى اختلاف قول ابن القاسم في هذه المسألة، وذهب بعض الناس إلى أن معنى اختلاف قول ابن القاسم غير هذا ثم ذكره ثم قال: وليس ذلك بصحيح بل معناه ما ذكرناه وبالله التوفيق.

تنبيه: هذا إذا دفع الحامل المال من مال نفسه. ولو دفعها الذي عليه الحق للحامل ليدفعها إلى صاحب الدين فدفعها له ثم أنكر، فإن دفعها بحضرة الذي عليه الحق فلا ضمان على الحامل الدافع ويغرمها المطلوب ثانية بعد يمين الطالب الجاحد، فإن كان المطلوب عديماً أو غائباً وأخذت من الحميل ثانية لعدم المطلوب أو غيبته فإنه لا يرجع بها على المطلوب لعلمه أنه قد أداها. وإن دفعها الحميل من مال المطلوب بغير حضرة المطلوب فهذا ضامن لرب المال، ويسوغ لرب المال تضمينه وإن علم أنه جحده لأنه أتلف عليه إذ لم يشهد على دفعه. اهـ. من رسم أوصى لمكاتبه من سماع عيسى من كتاب الحمالة. ص: **(وجاز صلحه عنه بما جاز للغريم)** ش: تعقبه البساطي بقوله في كتاب الكفالة: ولا يجوز له صلح الكفيل بعد محل أجل السلم على مثل الكيل والجنس أجود صفة أو أدنى، ويجوز أن يأخذ من الغريم بعد الأجل مثل الكيل أجود صفة أو أردأ، لأن ذلك بدل وتبرأ ذمته، وفي الكيل يدخله بيع الطعام قبل قبضه

المضمون له. قال ابن شاس: وبالجملة كلما ثبت الوفاء ثبت الرجوع. **(وجاز صلحه عنه بما جاز للغريم على الأصح)** ابن شاس: من أدى دين غيره رجع عليه. ثم قال: وإذا صالح الكفيل عن الغريم رجع بالأقل من الدين أو قيمة ما صالح به. ومن المدونة قال ابن القاسم: من تكفل بمائة دينار هاشمية فأداها دمشقية وهي دونها برضا الطالب رجع بمثل ما أدى، ولو دفع فيها عرضاً أو طعاماً فالغريم مخير في دفع مثل الطعام وقيمة العرض أو ما لزمه من أصل الدين. ابن يونس: وقد قال ابن القاسم وغيره: إن المأمور والكفيل إذا دفعا ذهباً عن ورق أو طعاماً أو عرضاً فإن الغريم أو الآمر مخير إن شاء دفع ما عليه أو ما دفع هذا عنه لأنه تعدى فيما دفع، وهذا أصل التنازع فيه كثير. وكان ابن يونس قد قال قبل هذا: فلم يجزه تارة لأن الحميل أخرج شيئاً لا يدرى ما يرجع إليه فصار ذلك غرراً. قال: وإجازه تارة لأن الدافع كأنه دخل على أن يرجع إليه بالأقل مما دفع أو على المدفوع عنه. وانظر في صلح ترجمة الكفيل من ابن يونس، ذكر أن مصالحة الكفيل أو الغريم واحدة قال: لا يجوز أن تصالح الكفيل أو الغريم قبل محل الأجل على بعض الطعام وتترك باقيه لأنه ضع وتعجل. وقال اللخمي: صلح الكفيل عن الغريم يراعى فيه صحة أخذ ما يدفعه عن الدين وعن رأس ماله إن كان سلماً، فلو

وَرَجَعَ بِالأَقَلِّ مِنْهُ أَوْ قِيمَتِهِ. وَإِنْ بَرِىءَ الأَصْلُ: بَرِىءَ لاَ عَكْسُهُ. وَعُجِّلَ بِمَوْتِ الضَامِنِ، وَرَجَعَ وَارِثُهُ بَعْدَ أَجَلِهِ أَوِ الْغَرِيمِ إِنْ تَرَكَهُ، وَلاَ يُطَالَبُ، إِنْ حَضَرَ الْغَرِيمُ مُوسِراً، أَوْ لَمْ يَبْعُدْ إِثْبَاتُهُ عَلَيْهِ

لأن المطلوب مخير إن شاء أعطاه مثل ما أدى أو ما كان عليه اهـ. قالوا: والقياس أن ذلك جائز كما في الدنانير والدراهم. **ص: (أو لم يبعد إثباته) ش:** كذا في بعض النسخ وهي الصواب، لأن المراد نفي مطالبة الضامن مشروط بأحد شيئين: إما حضور الغريم موسراً أو غيبته إذا لم يبعد على الطالب إثبات حقه بأن يكون له مال يعدى فيه وعلى النظر فيه.

فرع: قال في شرح رجز ابن عاصم لولد المصنف ما نصه: ومما يجب أن ينظر فيه هنا ما سبق عقد لازم للكفيل على عقد الكفالة يتعارض طلب صاحبها العقد السابق مع طلب المتحمل له بالحمالة. ومقتضى المذهب إعمال العقد السابق ففي النوادر قال محمد بن عبد الحكم: من تكفل بوجه رجل فغاب الرجل فأخذ به الكفيل فأقام الآخر البينة على الكفيل أنه استأجره قبل ذلك أن يبني له داره أو يسافر معه إلى مكة، فالإجارة أولى ولا يحبس في الدين لأن الكفالة في الدين معروف تطوع به. ولو كانت ظئراً استؤجرت لرضاع قبل الكفالة لم

كان عن عين بما يقوم جاز ويغرم الغريم الأقل من الدين أو القيمة. **(وإن برىء الأصل برىء)** ابن عرفة: المعروف سقوط الحمالة بإسقاط المتحمل به. وروى أشهب: إن مات الغريم فسأل الورثة صاحب الحق أن يحلله ففعل فلصاحب الحق طلب الحميل إن حلف ما وضع إلا للميت. ابن رشد: هذه المسألة حابلة إذ لا يصح سقوط الدين عن الغريم ويبقى على الحميل لأنه إنما يؤدي عنه ويتبعه به **(لا عكسه)** من المدونة قال ابن القاسم: إذا أخر الطالب الحميل بعد محل الحق فذلك تأخير للغريم إلا أن يحلف بالله ما كان ذلك مني تأخيراً للغريم فيكون له طلبه، لأنه لو وضع الحمالة كان له طلب الغريم إن قال:وضعت الحمالة دون الحق **(وعجل بموت الضامن ورجع وارثه بعد أجله)** من المدونة قال مالك: إذا مات الضامن قبل الأجل فللطالب تعجيل حقه من تركته ثم لا رجوع لورثته على الغريم حتى يحل الأجل وله محاصة غرمائه أيضاً. **(أو الغريم إن ترك)** من المدونة قال مالك: إن مات الغريم تعجل الطالب دينه من ماله إن ترك مالاً، فإن لم يدع مالاً لم يتبع الكفيل حتى يحل الأجل **(ولا يطالب إن حضر الغريم موسراً)** من المدونة قال مالك: من تحمل برجل أو بما عليه فليس للذي له الحق إذا كان الغريم حاضراً ملياً أن يأخذ من الكفيل شيئاً إلا ما عجز عنه الغريم. ابن يونس: قال بعض أصحابنا: لأن الحميل إنما أخذ توثقة فأشبه الرهن، فلما كان لا سبيل إلى الرهن إلا عند عدم المطلوب فكذلك لا سبيل على الكفيل إلا عند عدم المطلوب. قال ابن زرب: وهذا بخلاف النكاح لو قال: أنكحه وأنا ضامن لزمه الغرم ولم يكن له رجوع على الزوج، وفي البيع لا يلزمه غرم إلا أن يكون المبتاع غائباً أو عديماً **(أو لم يبعد إثباته عليه)**. من المدونة قال مالك: إن كان الغريم غائباً ملياً في غيبته أو مديانا حاضراً يخاف الطالب إن قام عليه المحاصة فله اتباع الحميل إلا أن يكون للغائب مال حاضر يعدى فيه فلا يتبع الحميل قال غيره: إلا أن يكون في إثبات ذلك والنظر فيه بعد فيؤخذ من الحميل.

وَالْقَوْلُ لَهُ فِي مِلاَئِهِ، وَأَفَادَ شَرْطُ أَخْذِ أَيِّهِمَا شَاءَ وَتَقْدِيمِهِ، أَوْ إِنْ مَاتَ

تحبس في الكفالة أيضاً والرضاع أولى، فإذا انقضت أجرة الرضاع طولبت بالحمالة اهـ. وسيأتي في باب الإجارة عن اللخمي شيء من هذا والله أعلم. ص: (**والقول له في ملائه**) ش: هذا خلاف ما استظهره ابن رشد في نوازل سحنون من كتاب الكفالة فإنه ذكر عن سحنون أن القول للطالب إلا أن يقيم الحميل بينة بملاء الغريم. قال ابن رشد: وهو أظهر لقوله ﷺ: «الزعيم غارم» فوجب أن يغرم حتى يثبت ما يسقط ذلك عنه، ولكن المصنف في التوضيح استظهر القول الآخر بأن القول قول الحميل.

تنبيه: من كان القول قوله هل بيمين أو لا؟ لم أر من صرح بشيء من ذلك والظاهر أنه لا يمين في ذلك إلا أن يدعي عليه خصمه العلم ويفهم ذلك من كلام المقدمات. قال فيها قال سحنون: القول قول المتحمل له وعلى الكفيل إقامة البينة أن الغريم مليء، فإن عجز عن ذلك وجب عليه الغرم لأنه قال إذا لم يعرف للغريم مال ظاهر فالحميل غارم. (**وإن مات**) ش: قال في أواخر كتاب الحمالة من المدونة: وإن قال إن لم يوفك حقك حتى يموت الغريم فهو على لا شيء عليه حتى يموت الغريم انتهى. وتقدم ذلك في كلام ابن يونس عند قول المصنف: «وإن جهل» وأنه قيد ذلك بقوله: يريد يموت عديماً ولو مات الحميل قبل موت فلان وجب أن يوقف من ماله بقدر الدين، فإن مات المحمول عنه عديماً أخذ المحمول له ذلك المال الموقوف انتهى. وتوقف الشيخ أبو إسحاق في هذا ونصه: انظر لو مات الحميل هاهنا هل يؤخذ الحق من تركته على مذهب ابن القاسم، ويجعل الذي له الدين كالحميل الذي لم يترك شيئاً، وورثته يقولون: إنه لم يوجب على نفسه حمالة إلا بعد موت فلان فيجب أن يوقف قدر الدين. قيل: لأن من قال أنا حميل بفلان والدين إلى أجل معناه إن حل الأجل وهو عديم فهو إذا مات أيضاً قبل

وقاله سحنون. ابن عرفة: ظاهر ابن يونس أن قول الغير وفاق وصرح ابن حارث بأنه خلاف (**والقول له في ملائه**). ابن رشد: في نوازل سحنون ما يدل على أن الحميل له إقامة البينة على ملاء الغريم وإلا غرم، وفي سماع يحيى ما يدل على أن على المتحمل له إقامة البينة أنه عديم وقول سحنون أظهر (**وأفاد شرط أخذ أيهما شاء**) ابن رشد: قول ابن القاسم أن من باع سلعة بعشرين ديناراً وأخذا بهما كفيلاً وكتب أيهما شاء أخذ بحقه، معناه أن الشرط في ذلك عامل فيستوي الكفيل والغريم في وجوب الغرم على كل من طلب منهما وإعمال هذا الشرط هو المشهور المعلوم من مذهب ابن القاسم (**وتقديمه**) ابن رشد: إن شرط المتحمل له على الحميل أن حقه عليه وأقر الغريم، فظاهر قول ابن القاسم أن الشرط جائز ولا رجوع له على الغريم. وروى ابن وهب عن مالك أنه لا رجوع له عليه إلا أن يموت الحميل أو يفلس، ويحتمل أن يتأول قول ابن القاسم على أنهما أبرآ الغريم جميعاً من الدين فيكون ابن القاسم إنما تكلم على غير الوجه الذي تكلم عليه في رواية ابن وهب (**أو إن مات**) من المدوّنة: إن قال له إن لم يوفك حقك حتى يموت فهو علي، فلا شيء على الكفيل حتى يموت الغريم.

كَشَرْطِ ذِي الْوَجْهِ، أَوْ رَبُّ الدَّيْنِ، التَّصْدِيقَ فِي الإِحْضَارِ، وَلَهُ طَلَبُ الْمُسْتَحِقِّ بِتَخْلِيصِهِ عِنْدَ أَجَلِهِ، لاَ بِتَسْلِيمِ الْمَالِ إِلَيْهِ،

الأجل لم يأت الوقت الذي تحمل إليه انتهى. ونقله أبو الحسن ص: **(وله طلب المستحق بتخليصه قبل أجله)** ش: كلامه رحمه الله صريح في طلب الضامن رب الدين بأن يتخلص دينه من الغريم إذا حل الأجل، ولا حاجة إلى أن يقال في ظاهره سواء طلب الكفيل بما على الغريم أم لا، لأن الكفيل لا يتوجه عليه طلب في حضور الغريم وليسره غير أن قوله بعده: «لا بتسليم المال إليه» لا يلائمه كل الملاءمة لكن يتفرع عليه قوله بعد: «ولزمه تأخير ربه المعسر الخ» ويشهد له كلام المدونة في هذه المسألة أعني قوله: «ولزمه تأخير ربه»، وقول ابن عبد السلام في قول ابن الحاجب للضامن المطالبة بتخليصه عند الطلب يعني أن رب الدين إذا توجه له الطلب على غريمه فسكت عنه أو نص على تأخيره، فللحميل أن لا يرضى بذلك ويقول لرب الدين إما أن تطلب حقك من الغريم معجلاً وإلا أسقط عني الحمالة، لأن في ترك المطالبة بالدين عند وجوبه ضرراً بالحميل لاحتمال أن يكون الغريم موسراً الآن ويعسر فيما يستقبل، وإنما تصح المطالبة إذا كان الغريم موسراً، وأما إن كان معسراً فلا مقال للحميل لأن الطلب لم يتوجه على الغريم في هذا الحال انتهى. وأما طلب الضامن المديان بأن يخلص الدين الذي عليه فلم يتعرض له المصنف. وقال في الجواهر: للكفيل إجبار الأصل على تخليصه إذا طلب وليس له ذلك قبل أن يطلب انتهى. ونقله القرافي في ذخيرته والمصنف في التوضيح.

قلت: وهو مخالف لقولها في السلم الثاني: وليس للكفيل أخذ الطعام من الغريم بعد

ابن الحارث: إن شرط الحميل بدين تقرر أنه إن مات فلا شيء على ورثته، وإن مات رب الدين فلا شيء على الحميل جاز اتفاقاً، ولو كان في عقده بيع ففيه خلاف. انظر ثاني مسألة من سماع أصبغ **(كشرط ذي دين الوجه)**. ابن رشد: الحميل بالوجه يلزمه غرم المال إذا لم يحضر العين فإن أحضره بريء من المال، وإن كان عديماً إلا أن يشترط أن لا شيء عليه من المال فينفعه، ولا يجب عليه غرم المال وإن لم يحضر العين، فإن أحضره بريء من المال وإن كان عديماً إلا أن يكون قادراً على الإتيان به فيفرط في ذلك أو يتركه أو يغيبه حتى يذهب فيكون ضامناً للمال بإهلاكه إياه، وإن لم يفعل شيئاً من ذلك فلا ضمان عليه في المال **(أو رب الدين التصديق في الإحضار)** لو قال: «كشرط الوجه خاصة أو التصديق في الإحضار» لكان أبين. من المدونة قال مالك: من قال لرجل: إن لم أوافك بغريمك غداً فأنا ضامن لما عليه فمضى الغد وادّعى الحميل أنه وافاه به، فالبينة عليه وإلا غرم. المتيطي: إذا اشترط ضامن الوجه أنه مصدق في إحضار وجهه دون يمين تلزمه كان له شرطه **(وله طلب المستحق بتخليصه عند أجله لا بتسليم المال إليه)** ابن الحاجب: للضامن المطالبة بتخليصه عند الطلب. ابن شاس: من أحكام الضمان للكفيل إجبار الأصيل على تخليصه إذا طولب، وليس له ذلك قبل أن يطالب ولا يلزم تسليم المال إليه ليؤديه إذ لو هلك لكان من الأصيل. قال في المدوّنة: ليس

وَضَمِنَهُ إِنْ اقْتَضَاهُ لاَ أُرْسِلَ بِهِ،

الأجل ليوصله إلى ربه، وله طلبه حتى يوصله إلى ربه ويبرأ من حمالته انتهى. وهذا هو الملائم لقول المصنف: «لا بتسليم المال» فلو قال المصنف: «وله طلب المديان بتخليصه عند أجله لا بتسليم المال إليه» لكان حسناً.

تنبيهات: الأول: قال في التوضيح إثر نقله كلام الجواهر: وهذا إنما يأتي على قول مالك المرجوع إليه انتهى. وكذا في النسخ التي رأيت المرجوع إليه، والصواب المرجوع عنه لأن المعنى إنما يستقيم كذلك إذ فرض المسألة أن للكفيل أن يطلب الأصل الذي هو الغريم بالدين إذا طولب به، وليس له ذلك قبل الطلب أما كون فرض المسألة كذلك فلأن لفظ الأصل إنما يطلق في الأغلب على الغريم، وأما كون الصواب أن يكون المرجوع عنه فلأن فرض المسألة أن الغريم معسر، وإذا كان موسراً فلا يطالب الحميل إلا على القول المرجوع عنه لا على القول المرجوع إليه فتأمله، فلعل صاحب التوضيح فهم الأصل على أصل الدين وهو بعيد من لفظه.

الثاني: حمل المصنف في التوضيح أولاً كلام ابن الحاجب المتقدم وعلى المسألة الثانية وهي طلب الضامن المديان بأن يخلص الدين الذي عليه ثم قال: وقال ابن عبد السلام وذكر كلامه المتقدم برمته وقال إثره: وحمل كلام المصنف على هذا أحسن لأنه المتبادر من الفهم انتهى. والله أعلم.

الثالث: حمل الشارح كلام صاحب الجواهر على الفرع الذي ذكره المؤلف وهو طلب الضامن رب الدين أن يخلص دينه وليس كذلك، بل كلامه إنما هو في طلب الضامن المدين كما تقدم والله أعلم. ص: **(وضمنه إن اقتضاه لا أرسل به)** ش: تصوره من الشارح واضح ولرب الدين أن يطلب أيهما شاء كما صرح بذلك الرجراجي وغيره، ويفهم من كلامه في التوضيح وقد أشبع الكلام عليها الرجراجي في شرحه على مشكلات المدونة. وهذه المسألة في السلم الثاني من المدونة فيمن أسلم في طعام وأخذ كفيلاً. ونص كلام الرجراجي لا يخلو قبض الكفيل الطعام من الذي عليه السلم من خمسة أوجه.

الأول: أن يقبضه على معنى الرسالة، فلا يخلو الطعام من أن يكون قائماً بيده أو فائتاً. فإن كان قائماً فالطالب مخير إن شاء اتبع الكفيل وإن شاء اتبع الأصل، ولا خلاف في ذلك، وإن فات الطعام فلا يخلو من أن يكون بتلف أو إتلاف فإن كان بتلف فهو مصدق ولا ضمان

للكفيل أخذ الغريم بالمال قبل أن يؤخذ منه إلا أن يتطوع به الغريم لأنه لو أخذه منه ثم أعدم أو فلس كان للذي له الدين أن يتبع الغريم **(وضمنه إن اقتضاه لا أرسل به)**. من المدونة: إذا دفع الغريم الحق إلى الكفيل فضاع، فإن كان على الاقتضاء ضمنه الكفيل قامت على هلاكه بينة أو لم تقم، عيناً كان أو عرضاً أو حيواناً لأنه متعد، وإن كان على الرسالة لم يضمنه وهو من الغريم حتى يصل إلى الطالب.

عليه ويبقى عليه الطلب بطريق الكفالة خاصة ثم يجري على الخلاف المعهود في الحمالة، هل المطالبة على التبدئة أو التخيير؟ وإن كان بإتلاف من الكفيل فهو ضامن للأصل مثل ذلك الطعام، فإن غرم الكفيل الطعام للطالب فلا تراجع بينه وبين الأصل، فإن غرمه للأصل فإنه يرجع على الكفيل بمثل طعامه وأخذ ثمنه إن باعه، ولا خلاف في هذا الوجه. وإن غرم الكفيل الطعام للطالب بعد أن باع ما أخذ من الأصل غرمه للأصل فأراد الأصل أن يدفع له مثل ما غرم من الطعام ويأخذ منه الثمن فليس له ذلك.

الثاني: أن يقبضه على معنى الوكالة فإذا قبضه برئت ذمة الوكيل قولاً واحداً، فإن الطالب يجوز له بيعه بقبض الكفيل، فإن تعدى عليه الكفيل بعد صحة قبضه فالعداء على الطالب وقع بلا إشكال.

الثالث: أن يقبضه على معنى الاقتضاء إما بحكم حاكم على وجه يصح القضاء بذلك كما إذا غاب الطالب وحل الأجل وخاف الكفيل إعدام الأصل وإحداث الفلس ليؤول ما وقع في المدونة من قوله: «قبضه بحكم قاض» أو يكون قبضه برضا الذي عليه الطعام بغير حكم فالكفيل في هذا الوجه ضامن بوضع اليد على الطعام وذمته به أو بمثله عامرة حتى يوصله إلى الطالب، وللطالب مطالبة من شاء منهما اتفاقاً مع قيام الطعام بيد الكفيل وفواته. فإن غرم الأصل كان له الرجوع على الكفيل بطعامه أو مثله إن استهلكه أو بثمنه إن باعه إن شاء أخذ الثمن، ولا يجوز للطالب أن يبيعه بذلك القبض إن كان قائماً، ولا أخذ ثمنه إن باعه، لأن ذلك بيع الطعام قبل قبضه. فإن أخذ منه الطالب مثل طعامه بعد أن باع ما اقتضاه كان الثمن سائغاً له، فإن أراد الأصل أن يدفع له مثل ما غرم من الطعام ويأخذ منه الثمن فليس له ذلك.

الرابع: إذا اختلفا في صفة القبض الوكيل يدعي أنه قبضه على معنى الرسالة، والأصل يقول بل على معنى الاقتضاء، فقد اختلف المذهب فيه على معنى قولين قائمين من المدونة: أحدهما أن القول قول الأصل وهو قول مالك في كتاب القراض حيث قال: إذا قال القابض قبضته على معنى الوديعة، وقال رب المال بل قراضاً، إن القول قول رب المال. والثاني أن القول قول القابض وهو قول أشهب وغيره وهو ظاهر المدونة في غير ما موضع، وسبب الخلاف تعارض أصلين: أحدهما أنهما قد اتفقا على أن المال المقبوض للدافع ولا شيء فيه للقابض، وقد أقر بقبضه ثم ادعى ما يسقط الضمان عنه فكان الأصل أن لا يقبل منه إلا بدليل، والأصول موضوعة على أن وضع اليد في مال الغير بغير شبهة توجب الضمان، وبهذا القول قلنا القول قول الأصل. والأصل الثاني أن الأصل في الحضر والإباحة إذا اجتمعا أن يغلب حكم الحضر والكفيل هاهنا قد ادعى قبضاً صحيحاً والأصل قد ادعى قبضاً فاسداً، فوجب أن يكون القول قول القابض الذي هو الكفيل لأن قوله قد أشبه وقد ادعى أمراً مباحاً، والأصل قد ادعى

....

الفساد لأن الكفيل لا يجوز له قبض الطعام من المكفول وإنما عليه مطالبته ليدفع إلى الطالب لكي يبرأ من الكفالة، فإذا ادعى عليه أنه قبضه على الاقتضاء فقد ادعى أمراً محظوراً فيوجب أن لا يصدق.

الخامس: إذا أبهم الأمر وعرا القبض عن القرائن وقد مات الكفيل أو الأصل هل يحمل على الرسالة حيث يثبت القبض على الاقتضاء، أو يحمل على الاقتضاء حتى تثبت الرسالة؟ فهذا مما يتخرج به قولان انتهى. ولم يذكر في الوجه الأول إذا قبضه على معنى الرسالة وادعى التلف أنه يحلف. وقال ابن رشد في شرح أول مسألة من سماع عيسى من كتاب الكفالة: وإن قبض على معنى الرسالة فالضمان من الدافع والمصيبة منه بعد يمين القابض على ما ادعاه من التلف، ويبقى الحق عليهما على ما كان قبل اهـ. وقال الشيخ أبو الحسن عن ابن يونس: قال ابن المواز: والقول قول الحميل في ضياعه بغير يمين لأنه مؤتمن وإن اتهم أحلف اهـ فتأمله. وقال ابن رشد في الوجه الثاني: إذا قبضه على معنى الوكالة فهو مصدق على ما يدعي من التلف بعد يمينه إن اتهم كالمودع، وإذا صدق فيما يدعي من التلف وكانت المصيبة من الطالب برىء المطلوب وسقطت الكفالة. وهذا إذا كانت له بينة على معاينة الدفع، وأما إذا لم تكن له بينة فلا يبرأ بتصديق القابض إذا ادعى التلف، ولا اختلاف في هذا إلا أن يدخله الاختلاف بالمعنى من مسألة اللؤلؤ من كتاب الوكالات من المدونة، وإنما اختلف إذا غرم الدافع هل له أن يرجع على القابض أم لا؟ فقال مطرف: ويرجع لأنه فرط في دفع ذلك إلى الذي وكله حتى تلف. وقال: لا يرجع حتى يتبين منه تفريط. وهذا إذا قامت بينة على الوكالة أو أقر بها، وأما إن ادعاها الوكيل فقيل القول قوله، وقيل القول قول الموكل اهـ. وقوله في الوجه الثالث: «وإذا قبضه على معنى الاقتضاء» إن الكفيل ضامن سواء قبضه بحكم حاكم أو برضا من عليه الحق في كلام الشيخ أبي الحسن خلاف لأنه قال قوله بقضاء سلطان. قال عبد الحق: قال ابن وضاح: إن سحنون أنكر هذا اللفظ وقال: ليس للسلطان هنا حكم قال: ورأيت فيما أملاه بعض مشايخنا أنه قال: معناه أن يكون الذي له الحق غاب غيبة بعيدة فحل الأجل فقام الكفيل على الذي عليه الحق وقال: أخشى أن تعدم إلى أن يقوم الذي عليه فأغرم أنا، فإن السلطان ينظر، فإن كان الذي عليه الحق ملياً فلا يكون للحميل عليه شيء، وإن كان يخاف عليه العدم أو كان ملداً قضى عليه السلطان بالحق وأبرأه منه وجعل على يد رجل عدل أو على يد الكفيل إن كان ثقة. ونقله ابن محرز عن فضل بن مسلمة. قال الشيخ: إلا أن في هذا إحالة للمسألة على وجهها إذ لا ضمان في هذا الفرض الذي ذكر، ومسألة الكتاب فيها الضمان فتأمل هذا. اهـ. كلام الشيخ أبي الحسن الصغير، وما قاله أبو الحسن صرح به في الذخيرة في الحكم السادس والعشرين من الباب الثاني من كتاب الكفالة: وإذا أراد الحميل أخذ الحق بعد محله والطالب غائب وقال أخاف أن يفلس وهو ممن يخاف عدمه قبل قدوم الطالب أو لا يخاف إلا

وَلَزِمَهُ تَأْخِيرُ رَبِّهِ، :الْمُعْسِرَ،

أنه كثير اللدد والمطل مكن من ذلك، فإن كان الحميل أميناً أقر عنده وإلا أودع لبراءة الحميل والغريم وضمان المال من الغائب لأنه قبض له بالحاكم، وإن كان المطلوب ملياً وفيها فلا يؤخذ منه شيء لعدم الضرورة اهـ.

تنبيهات: الأول: قال في المدونة في الوجه الثالث: لو قضاه الغريم متبرعاً أو باقتضاء من الكفيل قال الشيخ أبو الحسن عن ابن يونس: معنى تبرعاً أنه اقتضاه فدفع ذلك إليه تبرعاً ولم يكفله أن يقضي عليه به سلطان، وأما لو لم يقبضه فتبرع للغريم بدفع ذلك إليه، فظاهر هذا أنه على الرسالة. عبد الحق: إن قيل إذا قبضه الكفيل بأي شيء يعلم قبضه على الاقتضاء أو على الرسالة وهو قد قال: سواء تبرع بدفعه أو اقتضى عند الكفيل، فعلى أي وجه يحمل قبضه إياه إذا وقع محملاً؟ فالجواب أنه إذا لم تكن له قرينة تدل على الاقتضاء أو الرسالة فهاهنا إن كان المطلوب قد تبرع بدفعه للكفيل حمل على الرسالة، وإن كان الكفيل اقتضاه فيه فهو على الاقتضاء فيضمنه، وإن قال له خذ على أني بريء منه أو نحو هذا من الكلام فهذه قرينة تدل على الاقتضاء فيضمنه قابضه، وإن لم يسأله الكفيل بدا فيه اهـ. وقال الشيخ أبو إسحاق التونسي بعد أن ذكر كلام المدونة: وجه الاقتضاء أن يكون هو المقتضي له ليبرأ من حمالته وتبرأ ذمة الذي عليه الطعام، فكأنه يقول أنا أجير المطلوب دونك فهذا كله أبرأ ذمة الذي عليه الطعام وصار هو المطلوب اهـ.

الثاني: قد تقدم في كلام الرجراجي أنه لا يجوز للكفيل أن يأخذ الحق على وجه الاقتضاء من الغريم فاعلمه.

الثالث: قد تقدمت الإشارة إلى بعض عبارة التهذيب فينبغي أن يذكرها بكمالها هنا، وإذا قبض الكفيل الطعام من الغريم بعد الأجل ليؤديه إليك فتلف عنده، فإن أخذه على الاقتضاء ضمنه، قامت بهلاكه بينة أو لا، كان مما يغاب عليه أولاً، قضاه ذلك الغريم متبرعاً أو باقتضاء من الكفيل، بقضاء سلطان أو غيره، وأما إن أقبضه الكفيل بمعنى الرسالة لم يضمن اهـ. قال أبو الحسن: إنما ضمنه إذا أخذه على وجه الاقتضاء لأنه تعدى فهو ضامن عداء فلذلك ضمنه ولو قامت البينة. ص: **(ولزمه تأخير ربه المعسر)** ش: الهاء من «لزمه» عائدة على الضامن في موضع المفعول و«تأخير» هو فاعل «لزمه» وهو مصدر مضاف إلى فاعله وهو «ربه»، وهاء «ربه» عائدة على الدين و«المعسر» صفة لمحذوف أي المدين المعسر وهو مفعول المصدر.

(ولزمه تأخير ربه المعسر أو الموسر إن سكت أو لم يعلم إن حلف أنه لم يؤخره مسقطاً وإن أنكر حلف أنه لم يسقط ولزمه). من المدوّنة قال ابن القاسم: لو أخر الطالب الغريم كان ذلك تأخيراً للكفيل ثم للكفيل أن لا يرضى بذلك خوفاً من إعدام الغريم، فإن لم يرض خير الطالب فإما أبرأ

أَوِ الْمُوَسِرَ؛ إِنْ سَكَتَ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ، إِنْ حَلفَ أَنَّهُ لَمْ يُؤَخِّرْهُ مُسْقِطاً، وَإِنْ أَنْكَرَ، حَلَفَ أَنَّهُ لَمْ يُسْقِطْ

وإنما نبه على هذا لأن الكفيل يقول للغريم لما أن حل الأجل ووجدت الغريم موسراً كان حقك أن تطلبني، فتأخيرك للغريم إسقاط للكفالة عني، فأفاد المصنف أن التأخير لازم له ولا تسقط عنه الكفالة، وهذه المسألة في آخر سماع أشهب من كتاب الحمالة والله أعلم. ص: **(أو الموسر إن سكت)** ش: قال في المدونة: وإن سكت الحميل وقد علم بالتأخير لزمته الحمالة اهـ. قال أبو الحسن في التقاييد: سكت حتى حل الأجل. وانظر ما في التقاييد في كلام ابن رشد: والمقصود أن يسكت قدر ما يرى أن سكوته رضا. قال في العيوب في الجارية التي دلس البائع بحملها: قال أشهب: إلا أن يبادر بالطلب ولم يفرط عندما ظهر بها الطلق اهـ. فتأمله وانظر إذا ادعى عليه أنه علم وسكت هل يحلفه أم لا. ص: **(أو لم يعلم إن حلف أنه لم يؤخره مسقطاً)** ش: قال اللخمي في تبصرته: وإن لم يعلم الحميل بالتأخير حتى حل الأجل، حلف الطالب أنه لم يؤخره ليسقط الكفالة ويكون على حقه. وهذا قول ابن القاسم. ومحمل قوله إن ذمة الغريم يوم حل الأجل الأول والثاني سواء، ولو كان موسراً يوم حل الأجل ثم أعسر، الآن لم يكن له على الحميل شيء لأنه فرط في حقه حتى تلف مال غريمه ولم يعلم الكفيل فيعد راضياً اهـ. فإن نكل عن اليمين سقطت الحمالة كما قاله ابن رشد وابن يونس وغيرهما ونقله في التوضيح والشارح. وانظر لو أشهد رب الدين وقت التأخير أنه أخر المدين غير مسقط للحمالة، هل لا يحتاج إلى حلفه؟ والظاهر أنه لا يحتاج إلى حلفه مع قيام البينة والله أعلم. ص: **(وإن أنكر حلف أنه لم يسقط ولزمه)** ش: أي وإن أنكر الضامن التأخير حين علم به حلف الطالب أنه لم يسقط الحمالة ولزم الضمان الضامن وسقط التأخير ويبقى الحق حالاً، فإن نكل لزمه التأخير وسقطت الكفالة. هذا مذهب ابن القاسم في المدونة: الكفالة ساقطة بكل حال أي سواء حلف أو نكل. وقيل: إنها لازمة بكل حال. هكذا نقل ابن رشد في آخر سماع

الحميل من حمالته ويصح التأخير وإلا لم يكن له ذلك إلا برضا الحميل، وإن سكت الحميل وقد علم بذلك لزمته الحمالة، وإن لم يعلم حتى حل أجل التأخير حلف الطالب ما أخره ليبرأ الحميل وثبتت الحمالة. قال غيره: إذا كان الغريم مليئاً فأخره تأخيراً بيناً سقطت الحمالة وإن أخره ولا شيء عنده، فلا حجة للكفيل وله طلب الكفيل أو تركه. ابن يونس: قول الغير إذا كان الغريم مليئاً فأخره تأخيراً بيناً سقطت الحمالة هو خلاف لابن القاسم، والذي لابن رشد: المطلوب إذا أخره الطالب إن كان معدماً فلا كلام للكفيل، وإن كان مليئاً فلا يخلو أن يعلم بذلك فينكر أو يعلم بذلك فيسكت، أو أن لا يعلم بذلك حتى يحل الأجل، فإن علم بذلك فأنكر فلا تلزمه الكفالة ويقال للطالب: إن أحببت أن تمضي التأخير على أن لا كفالة لك على الكفيل وإلا فاحلف أنك إنما أخرته على أن يبقى الكفيل على كفالته، فإن حلف لم يلزمه التأخير، فإن نكل عن اليمين لزمه

وَلزِمَهُ، وَتَأَخَّرَ غَرِيمُهُ بِتَأْخِيرِهِ، إلاَّ أَنْ يَحْلِفَ

أشهب من كتاب الحمالة، ونقله عنه ابن عرفة ونصه: وإن أخره ملياً فأنكر حميله ففي سقوط حمالته وبقائها ثالثها إن أسقط الحمالة صح تأخيره وإلا حلف ما أخر إلا على بقائها وسقط تأخيره، وإن نكل لزمه وسقطت الكفالة للغير فيها وغيره وابن القاسم فيها اهـ. غير أنه وقع في النسخة التي رأيت من البيان إثر قوله: وإن نكل لزمه التأخير والكفالة ساقطة بكل حال. وكذا نقله عنه أبو الحسن وصاحب الذخيرة. وقوله: «بكل حال» مشكل لاقتضائه سقوط الكفالة مع حلفه أيضاً، ولا فرق حينئذ بينه وبين القول الثاني. ونقل في التوضيح كلام ابن رشد بلفظ «والكفالة ثابتة بكل حال» إثر قوله «وإن نكل حلف» واستشكله بأنه مثل القول الثالث. وكذا نقله الشارح في غالب نسخه وهو مشكل فإنه يقتضي أن مذهب ابن القاسم لزوم الكفالة إذا نكل وليس كذلك، ونص كلام التوضيح المذكور الذي نقله عن البيان الأول أن يعلم فينكر فلا يلزمه تأخير الطالب، ويقال له إما أن تسقط الكفالة وإلا فاحلف أنك ما أخذته إلا على أن يبقى الكفيل على كفالته، فإن حلف لم يلزمه التأخير، وإن نكل لزمه التأخير والكفالة ثابتة على كل حال. هذا مذهب ابن القاسم في المدونة. وإن سكت فيها عن اليمين. وقال غيره في المدونة: الكفالة ساقطة بكل حال. وقيل: إنها لازمة بكل حال. انظر هذا فإنه كالقول الأول اهـ. هكذا في نسختين من التوضيح وكذا نقله البساطي أعني القول الأول ثابتة بكل حال، والثاني ساقطة، والثالث لازمة. واستشكله البساطي من وجه آخر ونص كلامه بعد ذكره قول ابن القاسم الأول أنها ثابتة بكل حال.

قلت: فيه شيء لأن يمينه كانت على أنه إنما قصد بالتأخير الكفالة، فإذا نكل كان القياس أن تسقط الكفالة وهو مذهب غير ابن القاسم في المدونة اهـ. واستشكاله هذا يرتفع بما تقدم عن البيان من أن الموجود فيه ساقطة بكل حال لا ثابتة، ويبقى الإشكال من الوجه الذي ذكره في التوضيح لكن ما في البيان يبقى القول الثاني كأنه الأول لا كما استشكله المصنف من كون القول الثالث كالأول، ولكن يزيل الإشكال من واحدة بزوال قوله في كل حال من القول الأول على ما في البيان. والظاهر أنه في النسخ الصحيحة كذلك لأن ابن عرفة كذلك نقله كما تقدم، وكان القول الأول الذي لابن القاسم يفرق بين أن يحلف فلا تسقط الكفالة ويسقط التأخير، وبين أن ينكل فتسقط الكفالة ولا يسقط التأخير، والقول الذي للغير يقول

التأخير والكفالة ساقطة على كل حال انتهى. انظره مع لفظ خليل **(وتأخر غريمه بتأخيره إلا أن يحلف)** من المدوّنة قال ابن القاسم: إذا أخر الطالب الحميل بعد محل الحق فذلك تأخير للغريم إلا أن يحلف بالله ما كان ذلك مني تأخيراً للغريم فيكون له طلبه، لأنه لو وضع الحمالة كان له طلب الغريم إن قال: وضعت الحمالة دون الحق فإن نكل لزمه تأخيره.

وَبَطَلَ، إِنْ فَسَدَ مُتَحَمَّلٌ بِهِ،

الكفالة ساقطة في كلا الوجهين بمجرد التأخير، والثالث يقول ثابتة في كلا الوجهين والله أعلم.
ص: **(وبطل إن فسد متحمل به)** ش: هذا أحد الأقوال الثلاثة التي ذكرها في التوضيح وهي في البيان، قال في البيان في رسم العرية من سماع عيسى من الكفالة بعد أن ذكر الخلاف: وهذا الاختلاف كله إنما هو إذا كانت الكفالة في أصل البيع الفاسد، وأما إن كانت بعد عقد البيع الفاسد فهي ساقطة قولاً واحداً. هذا تحصيل القول في حكم الكفالة في اللزوم إذا وقع الفساد بين المتبايعين، وأما إن وقع بين الكفيل والمطلوب بغير علم الطالب لزمته الكفالة اهـ. وهذا الأخير مما يدخل تحت قول المصنف: «أو فسد بكجعل».

فروع: الأول: قال في الذخيرة في باب الحجر فرع في النوادر قال عبد الملك: إذا بعت مولى وأخذت حميلاً بالثمن فرد ذلك السلطان وأسقطه عن المولى، فإن جهلت أنت والحميل حاله لزمت الحمالة لأنه أدخلك فيما لو شئت كشفته، وإن دخلت في ذلك بعلم سقطت الحمالة علم الحميل أم لا لبطلان أصلها.

الثاني: قال في رسم باع شاة من السماع المذكور: وسئل عن النصراني سلف نصرانياً خمراً أو خنزيراً وتحمل له نصراني بالخمر والخنزير فأسلم الحميل وأعدم الذي عليه الحق قال: فليس على الحميل الذي أسلم شيء ويتبع النصراني غريمه النصراني. قال ابن القاسم: وكل حمالة كان أصل شرائها حراماً فليس على المتحمل مما تحمل شيء اهـ.

الثالث: قال ابن عرفة: قبل تراجع الحملاء ابن حارث: لا تجوز حمالة المكاتب اتفاقاً ولو تحمل مع حر بحق على أن كل واحد حميل بالآخر ففي لزوم كل الحق أو شرطه قولا ابن عبد الحكم ونقله اهـ.

الرابع: قال في رسم أسلم من السماع المذكور في رجل أسلف رجلاً ديناراً إلى أجل وأخذ به حميلاً، فلما حل الأجل جعلا الدينار في عشرة أرادب إلى الغلة فلقي الحميل فقال قد برئت ذمتك من الدينار الذي تحملت لي به، وأشهد بالبراءة. ثم رجع فقال هذا مكروه

(وبطل إن فسد متحمل به) الذي للخمي: من أعطى ديناراً في دراهم إلى أجل وأخذ بها حميلاً الحمالة ساقطة. والذي لابن يونس: لو قال له قبل الأجل: أسلفني مائة أخرى وخذ رهناً بالمائتين إلى شهر بعد الأجل لم يجز ويرد المائة السلف ويأخذ رهنه ويرد الدين إلى أجله، وكذلك لو لم يزده في الأجل شيئاً وهو سلف جر منفعة. ولو كانت المائة الأخرى بحمالة لسقطت الحمالة عن المائتين لأنه لا تثبت حمالة في معاملة فاسدة ولا يثبت فيه تأخير ولا سلف انتهى. وتقدم في الرهون أن له حبس الرهن حتى يقبض حقه فيبقى النظر بالنسبة إلى الحمالة، فانظره مع هذا وسيأتي أنها تلزم وإن كانت بجعل إذا لم يعلم به المشتري (أو

أَوْ فَسَدَتْ: كَبِجُعْلٍ مِنْ غَيْرِ رَبِّهِ لِمَدِينِهِ، وَإِنْ ضَمَانَ مَضْمُونِهِ،

ولم أعلم وتعلق بالحميل. قال: ليس له أن يرجع على الحميل وقد برىء من الحمالة، ولا ينفعه ما جهل من ذلك ولا ينفعه الحرام الذي دخل فيه، ويرجع على صاحبه والحميل بريء. قال ابن رشد: إنما بطلت الحمالة بالدينار من أجل أنه أبرأ منها بما ظن من جواز فسخ الدينار في الشعير إلى أجل فلم يعذره بالجهالة، وهو أصل مختلف فيه فيأتي على القول أنه يعذر بها إذا كان ممن يمكن أن يجهل ذلك بعد أن يحلف ما أبرأه إلا وهو يظن أن الدينار قد بطل. وهذا نحو ما يحكي ابن حبيب عن أصبغ في الحميل بما على الغريم إذا أخذ له الحق من الغريم عبداً بالحق ثم استحق ذلك العبد من يده فرجع إلى الغريم بما كان عليه، فلا سبيل إلى الحميل وقد برىء الحميل حين أخذ من الغريم بالحق ما أخذ وبالله التوفيق انتهى. ص: **(أو فسدت بكجعل من غير ربه لمدينه)** ش: هذا هو الموجود في غالب النسخ ومعناها فاسد كما يفهم من كلام ابن غازي، فالنسخة الصحيحة هي النسخة الأولى التي ذكرها ابن غازي ونص كلامه

فسدت) ابن يونس: كل حمالة وقعت على حرام فيما بين البائع والمشتري أنها تلزم في أول أمرهما أو بعد، فالحمالة ساقطة عن الحميل علم صاحب الحق أو الذي عليه الحق أو الحميل بمكروه ذلك أو جهلوا ذلك مفسوخ على كل حال. قال أصبغ: وكل حمالة وقعت في حرام بين الحميل وبين الذي عليه الحق ولم يعلم بذلك صاحب الحق فالحمالة لازمة للحميل. وانظر أيضاً من هذا المعنى إذا سقط الدين عن الغريم. قال ابن رشد: لا يصح أن يبقى على الغريم. ابن عرفة: سقوط الحمالة بإسقاط المتحمل به **(بكجعل)** الأبهري: لا يجوز ضمان بجعل لأن الضمان معروف، ولا يجوز أن يؤخذ عوض عن معروف وفعل خير كما لا يجوز على صوم ولا صلاة لأن طريقها ليس لكسب الدنيا. وقال مالك: لا خير في الحمالة بجعل. قال ابن القاسم: فإن نزل وكان يعلم صاحب الحق سقطت الحمالة ورد الجعل، وإن لم يكن يعلمه فالحمالة لازمة للحميل ويرد الجعل على كل حال **(من عند ربه)** اللخمي: إن كان الجعل من البائع جعل لرجل ديناراً ليتحمل له بما يبيع به سلعته من فلان كانت الحمالة ساقطة، لأن محملها معه محمل البيع لأنها حمالة بعوض، وإذا لم يصح للحميل العوض لم تلزمه الحمالة والبيع صحيح، لأن المشتري لا مدخل له فيما فعله البائع مع الجهل **(كمدينه)** اللخمي: إن كان الجعل من المشتري قال له: تحمل عني بما أشتري به هذه السلعة ولك دينار والبائع غير عالم بما فعلاه، كان البيع جائزاً والحمالة لازمة لأنه غره حتى أخرج سلعته. ويختلف إذا علم البائع فقال ابن القاسم: إذا كان ذلك بعلم صاحب الحق سقطت الحمالة يريد ويكون بالخيار في سلعته بين أن يجيز البيع فيها بغير حميل أو يردها **(وإن ضمان مضمونه)** انظر هل يكون أقرب إلى الفهم وأن ضمان ضامنه وكلاهما صحيح. قال ابن الحاجب: يجوز ضمان بجعل

إِلاَّ فِي اشْتِرَاءِ شَيْءٍ بَيْنَهُمَا، أَوْ بَيعِه، كَقَرْضِهِمَا عَلَى الأَصَحِّ، وَإِنْ تَعَدَّدَ حُمَلاَءُ أُتبعَ كُلٌّ بِحِصَّتِهِ، إِلاَّ أَنْ يَشْتَرِطَ حَمَالَةَ بَعْضِهِمْ عَنْ بَعْضٍ:

كذا في كثير من النسخ «غير» بالغين المعجمة والياء والراء «وكمدينه» بالكاف التي للتشبيه فهو كقوله في توضيحه: لا يجوز للضامن أن يأخذ جعلاً سواء كان من رب الدين أو من المدين أو غيرهما. وفي بعض: «وإن من عند ربه لمدينه» بلفظ «عند» بالعين المهملة والنون والدال «ولمدينه» باللام، وصوابه على هذا أن يقول: لا من عند ربه لمدينه بـ«لا» النافية حتى يكون موافقاً لقوله في التوضيح اختلف إذا كان رب الدين أعطى المديان شيئاً على أن يعطى حميلاً فأجازه مالك وابن القاسم وأشهب وغيرهم. وعن أشهب في العتبية أنه لا يصح وعنه أيضاً أنه كرهه. وقال اللخمي وغيره: الجواز أبين انتهى. وهاتان النسختان اللتان ذكرهما غير مشهورتين، والنسخة المشهورة «من غير ربه لمدينه» كما ذكرته أولاً بإسقاط «وإن» و«غير» بالغين المعجمة والياء والراء و«لمدينه» بلام الجر. وهذه النسخة معناها فاسد لأنها تدل على أن الضمان يفسد إذا دفع غير رب الدين للمديان جعلاً على أن يعطي لرب الدين حميلاً وهذا لا يصح، لأنه تقدم في كلام ابن غازي أن الجعل لو كان من رب الدين للمديان لصح، فأحرى إذا كان من غيره، ولو كان بدل اللام كاف لصحت لأنها ترجع إلى الأولى غير أنه يدعي فيها أنه إذا كان

ولذلك امتنع أن يضمن أحدهما صاحبه ليضمنه الآخر، أما لو اشتريا سلعة بينهما بالسواء لجاز للعمل، ومن المدونة: إن باعا سلعتيهما في صفقة على أن أحدهما بالآخر حميل لم يجز وكأنه ابتاع من المليء على أن يتحمل له بالمعدم. ابن الكاتب اتفاقاً من ابن القاسم وأشهب **(إلا في اشتراء شيء بينهما)** ابن حبيب: من باع سلعة من ثلاثة على أن بعضهم حميل ببعض وإن لم يكونوا شركاء في غيرها وذلك جائز، ولم يزل هذا من بيوع الناس وما علمت من أنكره، وإنما الذي لا يجوز أن يقول: تحمل عني في شيء على أن أتحمل عنك في شيء آخر **(أو بيعه)** ابن يونس: لو كانت سلعة بينهما نصفين فباعاها على أن أحدهما حميل بالآخر جاز لأن الثمن بينهما، وهذا إذا استوت شركتهما. وقد أجاز ابن القاسم السلم لرجلين على أن كل واحد منهما حميل بالآخر بخلاف جمع السلعتين إذ قد يستحق بيع أحدهما دون الآخر **(كقرضهما)** ابن الهندي وابن الفخار: إن كان السلف على جماعة فلا يصلح أن يعقد على أن بعضهم حملاء عن بعض لأنه سلف جر منفعة، أسلف واحداً على أن يضمن به ما على صاحبه. وقال ابن أبي زمنين وابن العطار: ذلك جائز في البيع والسلف إذا كان ما على كل واحد، منهم من ذلك مثل ما على صاحبه، فإن اختلف عليهم في العدد أو الجنس لم تجز الحمالة. زاد ابن أبي زمنين: وكذلك إن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً **(على الأصح)** يعني بهذا ابن عبد السلام إذ المتيطي لم يرجح قولاً ولا أيضاً ابن عرفة **(وإن تعدد حملاء أتبع كل بحصته إلا أن يشترط حمالة بعضهم عن بعض)** من المدونة قال مالك: إذا تكفل ثلاثة

كَتَرَتُّبِهِمْ وَرَجَعَ المُؤَدِّي بِغَيْرِ المُؤَدَّى عَنْ نَفْسِهِ بِكُلٍّ مَا عَلَى المُلْقِي، ثُمَّ سَاوَاهُ، فَإِنِ اشْتَرَى سِتَّةٌ بِسِتِّمَائَةٍ بِالحَمَالَةِ فَلَقِيَ أَحَدَهُمْ: أَخَذَ مِنْهُ الجَمِيعَ،

الجعل من عند ربه أحروياً فأولى النسخ، وأحسنها النسخة الأولى التي ذكرها ابن غازي ويدخل في قوله: «بكجعل» جميع الصور التي لا يجوز فيها الحمالة لدخول الفساد بين الكفيل والطالب أو المطلوب كما تقدم في كلام ابن رشد.

تنبيه: ظاهر كلام المؤلف أن الضمان سقط في جميع الوجوه. ونقل ابن عرفة عن اللخمي خلافه وفصل فيه ونصه: والضمان بجعل لا يجوز. ابن القطان عن صاحب الإنباء إجماعاً اللخمي: من جعل لرجل ديناراً ليتحمل له بثمن ما باعه لأجل بطلت الحمالة والجعل لا البيع، لأن المشتري لا مدخل له فيما فعلاه. ولو كان الجعل من المشتري ولا علم للبائع صح

رجال بمال على رجل حمالة مبهمة فأعدم الغريم لم يكن للطالب على من لقي من الحملاء إلا ثلث الحق. قال مالك: إلا أن يشترط في أصل الكفالة أن بعضهم حميل عن بعض فحينئذ إن غاب أحدهم أو أعدم أخذ من وجد منهم ملياً بجميع الحق، وإن لقيهم أملياء لم يأخذ من كل واحد إلا ثلث الحق إذ لا يتبع الكفيل في حضور المكفول به وملائه. ولو شرط أيكم شئت أخذت بحقي ولم يقل بعضكم كفيل ببعض فليأخذ أحدهم بجميع الحق، وإن كانوا حضوراً أملياء، ثم لا رجوع للغارم على أصحابه إذا لم يؤد بالحمالة عنهم ولكن على الغريم. ابن حبيب: وقاله جميع أصحاب مالك **(كترتبهم)** من المدونة قال ابن القاسم: من أخذ من غريمه كفيلاً بعد كفيل فله في عدم الغريم أن يأخذ بجميع حقه أيّ الكفيلين شاء، بخلاف كفيلين في صفقة لا يشترط حمالة بعضهم لبعض **(ورجع المؤدي بغير المؤدى عن نفسه بكل ما على الملقي ثم ساواه)** لما ذكر في المدونة إذا تكفل ثلاثة رجال بمال على رجل وشرط في أصل الكفالة أن بعضهم حميل عن بعض، فإن أخذ من أحدهم في هذا جميع المال رجع الغارم على صاحبيه إذا لقيهما بالثلثين، وإن لقي أحدهما رجع عليه بالنصف. ابن عرفة ضابط تراجعهم في ثمن ما ابتاعوه متحاملين رجوع كل غارم على من لقيه بما غرم عنه وبما يوجب مساواته إياه فيما غرمه بالحمالة من غيره. ابن شاس: ضابطه من غرم ثم لقي غيره أخذه بحصته من الدين ثم أخذ منه شطر ما بقي إذ هو شريكه في الحمالة عنه على ما بقي إذ هو شريكه في الحمالة عنه **(فإن اشترى ستة بستمائة بالحمالة فلقي أحدهم أخذ منه الجميع)** ابن رشد: معرفة الحكم في تراجع الستة الكفلاء الواقعة في المدونة لغير ابن القاسم، وهي رجل باع سلعة من ستة رجال بستمائة على أن كل واحد منهم حميل عن أصحابه بجميعها وشرط أن يأخذ منهم من شاء بجميع حقه، فإن وجد البائع أحدهم كان له أن يأخذ منه الستمائة كلها لأن المائة الواحدة منها واجبة عليه من أصل الحق، والخمسمائة يأخذها منه بالحمالة عن أصحابه

ثُمَّ إِنْ لَقِيَ أَحَدَهُم: أَخَذَهُ بِمَائَةٍ، ثُمَّ بِمَائَتَيْنِ، فَإِنْ لَقِيَ أحدُهُمَا ثَالِثاً: أَخَذَهُ بِخَمْسِينَ وَبِخَمْسَةٍ وَسَبْعِينَ: فَإِنْ لَقِيَ الثَّالِثُ رَابِعاً: أَخَذَهُ بِخَمْسَةٍ وَعِشرِينَ وَبِمِثْلِهَا، ثُمَّ بِاثْنَيْ عَشَرَ وَنِصْفٍ وَبِستَةٍ وَرُبُعٍ، وَهَلْ لاَ يَرْجِعُ بِمَا يَخُصُّهُ أيضاً إذا كان الْحَقُّ عَلَى غَيْرِهِمْ أَوْ لاَ وَعَلَيْهِ الأَكْثَرِ؟ تَأْوِيلاَنِ.

البيع ولزمت الحمالة لأنه غره حتى أخرج سلعته، ولو علم البائع ففي سقوط الحمالة قولا ابن القاسم ومحمد قائلاً: إن لم يكن للبائع في ذلك سبب. اللخمي: وعلى الأول يخير البائع في إمضاء البيع دون حمالة وفسخه ولو جهلا حرمته فلأصبغ: لا شيء على الحميل. وعلى قول محمد تلزم الحمالة إن لم يكن للبائع في ذلك سبب. ويختلف على هذا إن باع سلعته من

الباقين (**ثم إن لقي أحدهم أخذه بمائة ثم بمائتين**) ابن رشد: فإن أخذ البائع الجميع من أحدهم فلقي هذا المأخوذ منه أحد الخمسة الباقين فإنه يرجع عليه بثلاثمائة لأنه يقول له: أديت أنا ستمائة مائة منها واجبة علي لا أرجع بها على أحد، والخمسمائة الباقية أديتها عنك وعن أصحابك الأربعة الباقين مائة مائة عن كل واحد منكم، فادفع إلي المائة التي أديت عنك ونصف ما أديت عن أصحابك بالحمالة وذلك مائتان لأنك حميل معي بهم، فيأخذ منه ثلاثمائة فيستويان فيما غرما عن أنفسهما وبالحمالة عن أصحابهما (**فإن لقي أحدهما ثالثاً أخذه بخمسين وبخمسة وسبعين**) ابن الحاجب: فإن لقي أحدهما ثالثاً أخذه بخمسين وبخمسة وسبعين. ابن رشد: لأنه يقول له: أديت أنا الثلاثمائة الواحدة منها عن نفسي لا أرجع بها على أحد، والمائتان الباقيتان عنك وعن أصحابك الثلاثة الغيب الباقين، خمسين خمسين عن كل واحد منكم، فادفع إلي الخمسين التي أديت عنك في خاصتك وخمسة وسبعين نصف المائة والخمسين التي أديت عن أصحابك بالحمالة لأنك حميل معي بهم (**فإن لقي الثالث رابعاً أخذه بخمسة وعشرين وبمثلها**) ابن رشد: إن الثالث من الغارمين المأخوذ منه مائة وخمسة وعشرون إن لقي أحد الثلاثة الباقين فيرجع عليه بخمسين لأنه يقول له: أديت أنا مائة وخمسة وعشرين خمسون منها عن نفسي من المائة الواجبة علي من أصل الحق لا أرجع بها على أحد، وخمسة وسبعين بالحمالة عنك وعن صاحبيك الغائبين، خمسة وعشرين عن كل واحد منكم، فادفع إلي الخمسة والعشرين التي أديت عنك في خاصتك وخمسة وعشرين نصف الخمسين التي أديت عن صاحبيك بالحملة لأنك حميل معي بهم فيأخذ منه الخمسين (**ثم باثني عشر ونصف وستة وربع**) اللخمي: وإذا لقي الرابع خامساً أخذه باثني عشر ونصف وهي التي تنوبه عن نفسه وتبقى اثنا عشر ونصف على السادس فيأخذ منها نصفها ستة وربعاً، فإن لقي الخامس السادس أخذه بستة وربع التي أدّى عنه (**وهل لا يرجع بما يخصه أيضاً إن كان الحق على غيرهم أو لا وعليه الأكثر تأويلان**) ابن رشد: إن تحمل بالمال حملاء في صفقة وشرط أن يأخذ أيهم شاء، فإن أخذ أحدهم بما ينوبه من المال فاختلف هل للمأخوذ منه

وَصَحَّ بِالْوَجهِ،

رجل على أن يزن عنه فلان ثمنها بجعل من المشتري فلا يجوز على قول ابن القاسم أن يطلب فلاناً بالثمن إن علم ذلك لأنه سلف بزيادة، وله أخذه سلعته إن عجز المشتري عن ثمنها. وعلى قول محمد يمضي ويلزم فلاناً يريد ويسقط الجعل. قال: والأول أحسن. ولمحمد عن مالك وابن القاسم وأشهب وغيرهم: من قال لرجل ضع من دينك عن فلان وأتحمل لك بباقيه لأجل آخر، لا بأس به لأن له أخذه بحقه حالاً. روى أشهب عنه جوازه وكراهته.

وقال مالك في العتبية: لا يصلح كمن قال: أعطني عشرة دراهم وأتحمل لك فالحمالة على هذا حرام والأول أبين. ولابن القاسم في العتبية، لا بأس أن تقول: خذ هذه العشرة دنانير وأعطني بما عليك حميلاً ورهناً، وعلى أحد أقوال مالك لا يجوز. ولو قال: أتحمل لك على أن تعطي فلاناً غير الغريم ديناراً لم يجز. ولمحمد عن أشهب: من له على رجل عشرة دنانير لأجل فأسقط عنه قبل الأجل دينارين على أن يعطيه بالباقي رهناً أو حميلاً فلا بأس به. وقال ابن القاسم: لا يجوز. اللخمي: لأن أخذه الحميل خوف عسر الغريم عند الأجل فيجب تأخيره، فأخذه الحميل بما وضع مثل ضع وتعجل انتهى. وسيأتي لفظ اللخمي. وفي شرح أول مسألة من كتاب الكفالة من البيان خلافه أيضاً ونصه: إذا تحمل الرجل بجعل يأخذه من الطالب أو من المطلوب بعلم الطالب، سقطت الحمالة ورد الجعل. وأما إن تحمل بجعل يأخذه من المطلوب بغير علم الطالب، فالجعل ساقط والحمالة لازمة. قاله مطرف وابن الماجشون وابن وهب وأصبغ في الواضحة وابن القاسم فيها. وفي كتاب ابن المواز: وكذا إذا التزم العهدة عن البائع للمشتري بجعل يأخذه من المشتري أو من البائع بعلم المشتري، فالجعل مردود والالتزام ساقط انتهى. وانظر قوله: «فالجعل لازم» والظاهر أنه سقط منه لفظة «غير» فقد قال اللخمي: إذا كان الجعل تصل منفعته للحميل رد الجعل قولاً واحداً، ويفترق الجواب في ثبوت الحمالة وسقوطها وفي صحة البيع وفساده وذلك على ثلاثة أوجه: فتارة تسقط الحمالة ويثبت البيع، وتارة تثبت الحمالة والبيع، والثالث مختلف فيه في الحمالة والبيع جميعاً. فإذا كان الجعل من البائع جعل لرجل ديناراً ليتحمل له بما يبيع به سلعته من فلان كانت الحمالة ساقطة لأن محلها محل البيع لأنها حمالة بعوض، فإذا لم يصح للحميل العوض لم تلزمه الحمالة والبيع صحيح، لأن المشتري لا مدخل له فيما فعله البائع مع الحميل، وإن كان الجعل من المشتري فقال له تحمل عني بما أشتري به هذه السلعة ولك

أن يرجع على من وجد من أصحابه حتى يساويه في ذلك؟ فقيل: إن ذلك له وإلى هذا ذهب التونسي. وقيل: إن ذلك له وهو الصواب. والآتي على ما في المدونة ونص المدونة وسماع أبي زيد وعزا عياض الأول للتونسي وابن لبابة، والثاني لمن ذكر مع كثير من شيوخ الأندلسيين **(وصح بالوجه)** ابن رشد: الحمالة بالوجه جائزة إذا كان المتحمل عنه مطلوباً بمال أو مطلوباً

وَلِلزَّوْجِ، رَدُّهُ مِنْ زَوْجَتِهِ، وَبَرِىءَ بِتَسْلِيمِهِ لَهُ،

دينار والبائع غير عالم بما فعلاه، كان البيع جائزاً والحمالة لازمة لأنه غره حتى أخرج سلعته..

واختلف إذا علم البائع فقال ابن القاسم في كتاب محمد: إذا كان ذلك بعلم صاحب الحق سقطت الحمالة، يريد ويكون بالخيار في بيعه بين أن يجيزه بغير حميل أو يرده. وقال محمد: الحمالة لازمة وإن علم إذا لم يكن لصاحب الحق في ذلك سبب انتهى. وقد حمل الشارح كلام المصنف على أن الحمالة تبطل مطلقاً وعطف عليه بـ«قيل» التفصيل بين أن يعلم أو لا يعلم مشى على ذلك في شرحه الأوسط والأصغر وفي الشامل، بل كلامه في الشامل مضطرب لا يفهم لأنه قال مشبهاً في الفساد كجعل من غير ذي دين لغريم. وقيل: إن علم رب الدين وإلا لزم والجعل مردود مطلقاً، ولو دفع الطالب للغريم شيئاً ليأتيه بحميل جاز على الأصح، وثالثها يكره انتهى. وقد علمت أنه إذا لم يعلم صاحب الدين فلا تسقط الحمالة كما تقدم والله أعلم.

فرع: قال في أحكام ابن سهل في ترجمة امرأة تزوجت رجلاً له ولد. وفي وثائق ابن العطار: إذا انعقدت المبارأة بضمان الأب أو غيره بالحق أو غيره من درك فثبتت عليها ولاية أو غيرها مما يسقط عنها الالتزام، لزم ذلك الضامن وقضى عليه به. وأنكر أبو عبد الله الفخار قوله هذا وقال: إذا سقط الالتزام عن المضمون بثبوت ضرر سقط عن الضامن إذا لم يرتبط بذمتها حق لأنه قد ثبت ما أسقط عنها، وكذلك الضامن لأنه ضمن ما ظنه لازماً للمضمون عنها، وإذا سقط الأصل فالفرع أولى بالسقوط انتهى. وكان ابن الفخار أنكر عموم قوله: «أو غيرها» فأخرج من ذلك ثبوت الضرر وبقي ما عداه، ويقيد بما في النوادر من أن المضمون له لم يعلم بموجب السقوط والله أعلم. ص: **(وللزوج رده من زوجته)** ش: ظاهره ولو كان المال الذي على المضمون دون ثلثها وهو ظاهر ما ذكره في التوضيح والشامل. وابن عرفة عن ابن عبد الحكم: وقبلوه وزاد: ولو شرطت عدم الغرم. قال في التوضيح: ولو تكفلت ذات زوج بوجه رجل على أن لا مال عليها فلزوجها رد ذلك لأنه يقول قد تحبس وامتنع منها وتخرج للخصومة وليس ذلك عليّ هذا فيمتنع أيضاً تحملها بالطلب فتأمله والله أعلم. ص: **(وإن**

بشيء يجب عليه في بدنه من قتل أو حد أو تعزير. **(وللزوج ردّه من زوجته)** ابن عبد الحكم: لزوجها منعها من الكفالة بالوجه على أن لا مال عليها لحجته بحبسها فيمنع منها وتخرج للخصومة **(وبرىء بتسليمه له)** من المدونة قال ابن القاسم: إن تكفل برجل أو بنفسه أو بوجهه أو بعينه إلى أجل أو لم يذكر مالاً، فإنه إذا أتى بالرجل عند الأجل ملياً أو معدماً برىء. المتيطي: وإذا أخذ بالحميل حميلاً فغاب الغريم والحميل الأول كلف الحميل الآخر أن يحضر

وَإِنْ بِسِجْنٍ، أَوْ بِتَسْلِيمه نَفْسَهُ؛ إِنْ أَمَرَهُ بِهِ؛ إِنْ حَلَّ الْحَقُّ، وَبِغَيْرِ مَجْلِسِ الْحُكْمِ إِنْ لَمْ يُشْتَرَطْ، وَبِغَيْرِ بَلَدِهِ، إِنْ كَانَ بِهِ حَاكِمٌ

بسجن) **ش:** قال المازري في وعلى أثناء كلامه: ولو سلم الكفيل الغريم وهو محبوس في حبس القاضي فإن هذا التسليم يسقط الكفالة لكون المتكفل له يتمكن من طلبه وهو في الحبس بمحاكمته عند القاضي الذي حبسه حتى يمكنه من حقه ويقضي بذلك على المحبوس، وإن وجب حبسه زاد في مقدار أمد الحبس لأجل هذا الطلب الثاني بحسب ما يقتضيه الاجتهاد اهـ. وتقدم كلامه هذا عند قول المؤلف في باب التفليس «وأخرج لحد بمعنى آخر». وقال ابن عرفة: الباجي: ولو كان حبسه في دم أو دين أو غيره، ويكفي قوله: برئت منه إليك وهو بالسجن فشأنك به كان سجنه في حق أو تعدياً. قال ابن عرفة: قلت: في التعدي نظر، لأنه مظنة لإخراجه به بدفع التعدي عنه اهـ. **ص:** **(إن أمره به)** **ش:** مفهومه أنه إذا لم يأمره به لا يبرأ وهو كذلك. قال ابن عرفة عن الموازية: فهذا إذا لم يرد الطالب قبوله حتى يسلمه له الحميل. ولو قبله برىء كمن دفع ديناً عن أجنبي للطالب أن لا يقبله إلا بتوكيل الغريم وله قبوله فيبرأ. زاد الصقلي عن محمد: إن أنكر الطالب أن يكون الحميل أمره بدفع نفسه إليه فإن أشهد له بذلك أحد برىء الحميل اهـ. وفي الشامل: ولو أنكر الطالب أمره له برىء إن أشهد له أحد اهـ. **ص:** **(وبغير بلده)** **ش:** يصح أن يعود الضمير على الاشتراط المفهوم من قوله إن لم يشترط، ولعل المصنف رجح هذا القول لقول المازري أنه يلاحظ فيه مسألة الشروط التي لا

أحدهما الغريم أو الحميل، فأيهما أحضر برىء إن كان الذي أحضر موسراً وإلا غرم المال **(وإن بسجن)** من المدونة قال ابن القاسم: إذا حبس المحمول بعينه فدفعه الحميل إلى الطالب وهو في السجن برىء الحميل لأن الطالب يقدر على أخذه في السجن ويحبس له بعد تمام ما سجن فيه **(أو بتسليمه نفسه إن أمره به)** من المدونة قال ابن القاسم: لو أن الغريم أمكن الطالب من نفسه وأشهد أني دفعت نفسي إليك براءة للحميل لم يبرأ بذلك الحميل حتى يدفعه الحميل بنفسه أو وكيله إلى الطالب، فإن لم يقبل ذلك الطالب أشهد عليه وكان له بذلك براءة. ثم قال ابن المواز: ولو أمره الحميل أن يمكن نفسه من الطالب لبرىء بذلك الحميل، فإن أنكر الطالب أن يكون الحميل أمره بدفع نفسه إليه، فإن شهد بذلك أحد برىء الحميل، ابن عرفة: جعل المازري قول محمد خلاف المشهور وظاهر كلام الباجي أنه وفاق **(إن حل الحق)** المازري: لو كانت الكفالة مؤجلة فأتى الكفيل بالغريم قبل الأجل، لم تسقط الكفالة عنه لكون من له الدين لم يستحق الطالب فلا يفيده إحضار الغريم وهو لا يستحق طالبه **(وبغير مجلس الحاكم أو لم يشترط)** في الكافي: ليس عليه أن يحضره مجلس الحاكم إلا أن يشترط في ذلك ضمانه **(وبغير بلده إن كان به حاكم)** من المدونة قال ابن القاسم: إن دفعه إليه بموضع

وَلَوْ عَديماً، وَإِلاَّ أُغْرِمَ بَعدَ خَفِيفِ تَلَوُّمٍ، إِنْ قَرُبَتْ غَيْبَةُ غَرِيمِهِ: كَالْيَوْمِ وَلاَ يَسْقُطُ الْغُرْمُ بِإِحْضَارِهِ، إِنْ حُكِمَ بِهِ، لاَ إِنْ أَثْبَتَ عُدْمَهُ، أَوْ مَوْتَهُ فِي غَيْبَتِهِ وَلَوْ بِغَيْرِ بَلَدِهِ،

تفيد وكونه قد يفيد في بعض الصور كما ذكر ابن عبد السلام لا يمنع ذلك، لأن الصورة النادرة لا تراعى. والمعنى أنه إذا اشترط الطالب على الحميل أن يحضر له المديان ببلده فأحضره في غيره فإنه يبرأ إن كان الموضع الذي أحضره فيه تأخذه فيه الأحكام، وإذا حمل كلام المصنف على هذا كانت مسألة المدونة مفهومة منه بالأحروية وهي ما إذا لم يشترط إحضاره في موضع معين فأحضره الحميل في غير البلد الذي وقع فيها الضمان والله أعلم. ص: **(ولا يسقط بإحضاره إن حكم)** ش: أي إن حكم بالغرم ولو لم يغرم على المشهور، وأما لو دفع المال قبل إحضاره مضى اتفاقاً. قاله في الشامل وأصله في التوضيح. وعلى المشهور فرب الدين مخير في اتباع الغريم الحاضر أو الحميل المحكوم عليه بالغرم. قاله ابن يونس ونقله في التوضيح. ص: **(ولو بغير بلده)** ش: هذا مذهب المدونة أن الحمالة تسقط بموت المديان مطلقاً، سواء

فيه حكم وسلطان وإن لم يكن ببلده فإنه يبرأ، أو إن دفعه بموضع لا سلطان به أو في حال فتنة أو في مفازة أو بمكان يقدر الغريم على الامتناع منه لم يبرأ الحميل حتى يدفعه إليه بموضع يصل إليه وبه سلطان فيبرأ **(ولو عديماً)** تقدم نص المدونة: إن أتى به عند الأجل ملياً أو معدماً برىء **(وإلا أغرمه بعد خفيف تلوم إن قربت غيبة غريمه كاليوم)** من المدونة قال ابن القاسم: إن لم يأت حميل الوجه بالغريم عند الأجل والغريم حاضر تلوم له، وإن كان غائباً قريب الغيبة مثل اليوم وشبهه تلوم له كما يتلوم للحاضر، قال في العتبية: بقدر ما لا يضر فيه بالطلب وما يجتهد به للحميل، فإن أتى به بعد التلوم فلا شيء عليه وإلا غرم. المتيطي: يلزم بضمان الوجه غرم المال الذي ثبت قبل المضمون عنه إذا لم يحضر الوجه ولا كان له مال حاضر **(ولا يسقط بإحضاره إن حكم)** من المدونة: من تحمل بوجه رجل إلى أجل فلم يأت به عند الأجل فرفع إلى الحاكم فلم يقض عليه بالمال حتى أحضره برىء من المال ومن عين الرجل، ولو كان قد حكم عليه بالمال بعد التلوم لزمه المال ومضى الحكم يريد ويتبع أيهما شاء **(لا إن أثبت عدمه أو موته في غيبته ولو بغير بلده)** أما إن ثبت عدم الغريم الغائب فقال اللخمي: إذا كانت الحمالة بالوجه ثم عجل الحميل عن إحضار المتحمل به غرم المال إلا أن يثبت فقره بأمر بين فتسقط الكفالة، وهذا هو الصواب من القول انتهى. انظر هذا مع ما تقدّم عند قوله: «بحميل بوجهه يغرم ولو أثبت عدمه». وأما موت الغريم ولو بغير بلده فمن المدوّنة قال ابن القاسم: وإذا مات الغريم برىء حميل الوجه لأن النفس المكفولة قد ذهبت. قال ابن المواز: قال ابن القاسم: إن مات الغريم بالبلد فلا شيء على الحميل، وإن مات في غيبته لزم الغرم إلا أن يكون موت الغريم قبل الأجل بأيام لو كلف الحميل المجيء به لرجع قبل حلول الأجل، فحينئذ تسقط عنه الحمالة.

وَرَجَعَ بِهِ، وَبِالطَّلبِ، وَإِنْ فِي قِصَاصٍ كَأَنَا حَمِيلٌ بِطَلَبِهِ، أَوِ اشْتَرَطَ نَفْيَ الْمَالِ، أَوْ قَالَ لاَ أَضْمَنُ إِلاَّ وَجْهَهُ، وَطَلَبَهُ بِمَا يَقْوَى عَلَيْهِ، وَحَلَفَ مَا قَصَّرَ،

مات في بلده أو في غير بلده من غير تفصيل. ص: **(ورجع به)** ش: يعني إذا غرم الحميل ثم أثبت ببينة أن الغريم قد مات في غيبته قبل القضاء رجع الحميل بما أدى على رب الدين كما

وقال أشهب: لا أبالي إذ هو مات فالحمالة تسقط بموته في غيبته أو بالبلد. ابن يونس: قول أشهب هو نحو ما في المدونة. قال بعض الفقهاء: وهو أشبه لأن الغيب كشف أنه لا قدرة له على الإتيان به. **(ورجع به)** من المدوّنة قال ابن القاسم: لو غاب الغريم فقضى على حميل الوجه بالمال فأداه ثم أثبت ببينة أن الغريم مات في غيبته قبل القضاء، رجع بما أدى على رب الدين لأنه لو علم أنه ميت حين أخذ به الحميل لم يكن عليه شيء، وإنما تقع الحمالة بالنفس ما كان حياً **(وبالطلب)** يعني وصح بالوجه وبالطلب. قال مالك: لو شرط حميل الوجه أني أطلبه فإن لم أجده برئت من المال ولكن علي طلبه حتى آتي به لم يلزمه إلا ما شرط. ابن المواز: أو يقول: لا أضمن إلا وجهه فهذا لا يضمن إلا بالوجه، غاب أو حضر أو مات أو فلس، ولا يحبس إن لم يحضره إلا أن يعلم بمكانه فليحبس بقدر ما يرى السلطان مما يرجو به إحضاره. وفي المدونة قال غيره: لا يلزمه من المال شيء جاء بالرجل أو لم يأت به إلا أن يمكنه بعد الأجل إحضاره ففرط فيه حتى أعوزه فهذا قد غره **(وإن في قصاص)** اللخمي: لو كانت المطالبة بجرح أو قطع أو قتل لم تجز الكفالة بما يجب على المطلوب ولا أن يتكفل بوجهه على أنه متى عجز عن إحضاره أخذ ذلك منه وجاز الكفالة بطلبه خاصة، وأما إن كانت المطالبة لحق الله لم يجز أن يترك بحميل والحكم أن يسجن حتى يقام عليه الحد **(كأنا حميل بطلبه)** ابن شاس: لو قال: أنا حميل بطلبه أو علي أن أطلبه فليس عليه سوى ذلك **(أو اشترط نفي المال)** ابن رشد: الحميل بالوجه يلزمه غرم المال إذا لم يحضر العين، فإن أحضره برىء من المال وإن كان عديماً إلا أن يشترط أن لا شيء عليه من المال فينفعه الشرط، ولا يجب عليه غرم المال وإن لم يحضره إلا أن يكون قادراً على الإتيان به فيفرط في ذلك أو يتركه أو يغيبه حتى يذهب فيكون ضامناً للمال بإهلاكه إياه، وما لم يفعل شيئاً من ذلك فلا ضمان عليه في المال وإنما يلزمه الطلب خاصة على ما اشترط وفيما يلزمه من الطلب اختلاف **(أو قال لا أضمن إلا وجهه)** تقدّم ما نقل ابن يونس عن المدونة وابن المواز عند قوله: «وبالطلب» ولابن رشد بحث في كلام ابن المواز انظره في المقدمات **(وطلبه بما يقوى عليه وحلف ما قصر)** قال ابن القاسم: وإن قال له الطالب: هو بموضع كذا فاخرج إليه فلينظر، فإن كان مثل الحميل يقوى على الخروج إليه أمر بذلك، وإن ضعف عن ذلك لم يكن عليه أن يخرج. المتيطي: فإن خرج لطلبه ثم قدم وزعم أنه لم يجده تشدد عليه، فإن لم يظهر عليه تقصير وعجز عن إحضاره برىء

وَغَرِمَ إِنْ فَرَّطَ أَوْ هَرَّبَهُ، وَعُوقِبَ؛ وَحُمِلَ فِي مُطْلَقٍ: أَنَا حَمِيلٌ، وَزَعِيمٌ، وَأَذِينٌ، وَقَبِيلٌ، وَعِنْدِي وَإِلَيَّ وَشِبْهِهِ عَلَى الْمَالِ عَلَى الأَرْجَحِ وَالأَظْهَرِ؛ لاَ إِنِ اخْتَلَفَا؛

قال في المدونة. وانظر إذا غرم ثم أثبت أنه كان عديماً قبل القضاء هل يرجع أم لا والله أعلم. ص: **(وغرم إن فرط أو هربه وعوقب) ش:** ظاهر كلام المصنف أنه يجمع بين التغريم والعقوبة. والذي في الرواية أنه يحبس إذا حصل منه تفريط في الطلب حتى يجتهد في ذلك، وأما إذا ثبت تفريطه فيه بأن يكون لقيه وتركه أو غيبه وهربه فإنه يغرم المال فقط ولم يذكر في ذلك عقوبة. ص: **(وأذين) ش:** هو بالذال المعجمة. قال في المقدمات: والأذين مأخوذ من قوله تعالى ﴿وإذ تأذن ربك ليبعثن عليهم إلى يوم القيامة﴾ [الأعراف: ١٦٧]. ومن قوله ﴿وإذ تأذن ربكم لئن شكرتم لأزيدنكم﴾ [إبراهيم: ٧]. قال الشاعر:

فقلت قري وغضي اللوم إني أذين بالترحل والأفول

وكان القول قوله، وأشد ما عليه أن يحلف أنه ما قصر في طلبه ولا دلس ولا يعرف له مستقراً. وهذا قول ابن القاسم وهو مثل قوله في الأجير على تبليغ الكتاب قال: وأما إذا اشترط ضامن الوجه أنه مصدق في إحضار وجهه دون يمين تلزمه كان له شرطه **(وغرم إن فرط أو هربه)** تقدم قول ابن رشد إلا أن يفرط أو يغيبه. وعبارة المازري: ولو غيب الكفيل بالطلب الغريم أو لقيه فتركه حتى عد مفرطاً فيه فإنه يغرم المال لأنه كالقاصد بذلك إتلاف مال غيره بعد أن التزم صيانته انتهى. انظر هذا التعليل فإنه يقتضي أن لا يقال للأب أحضر ابنك ولا للزوج أحضر زوجتك **(وعوقب)** ابن القاسم: إن قال له الطالب. هو بموضع كذا فاخرج إليه فخرج فأثبت الطالب أنه خرج وأقام بقريته ولم يتماد فليعاقبه السلطان بالسجن بقدر ما يرى، وأما أن يضمنه المال فلا إلا أن يثبت أنه غيبه أو لقيه فتركه انتهى. انظر مقتضى هذا النقل أن العقوبة هي حيث لا غرم إذ لا يكون عقاب مع غرم **(وحمل في مطلق أنا حميل أو زعيم وأذين وقبيل وعندي ولي وشبهه على المال على الأرجح)** ابن يونس: اختلف فقهاؤنا إذا قال: أنا حميل لك أو زعيم أو كفيل ولم يزد على هذا، هل يحمل على أنه حميل بالمال أو بالوجه إذا عرا الكلام عن دليل؟ والصواب من ذلك أن يكون على المال **(والأظهر)** ابن القاسم: إن قال: أنا حميل لك أو زعيم أو كفيل أو ضامن أو هو لك عندي أو علي أو إلي أو قبلي، فذلك كله حمالة لازمة إن أراد الوجه أو المال لزمه ما اشترط. عياض: ومثل هذه الألفاظ «قبيل» و«أذين». ابن عرفة: وفي حمل لفظها المبهم العاري عن بيان لفظ أو قرينة على المال أو الوجه نقلا عياض عن الشيوخ. ابن رشد: الأصح الأول لقول رسول الله ﷺ: «الحميل غريم» **(لا إن اختلفا)** ابن يونس: أما إن اختلفا فقال الطالب: شرطت عليك الحمالة بالمال وقال الكفيل: بالوجه، فينبغي

وَلَمْ يَجِبْ وَكِيلٌ لِلْخُصُومَةِ، وَلاَ كَفِيلٌ بِالْوَجْهِ بِالدَّعْوَى، إِلاَّ بِشَاهِدٍ، وَإِنِ ادَّعَى بَيِّنَةً بِكَالسُّوقِ أَوْقَفَهُ الْقَاضِي عِنْدَهُ.

وقال امرؤ القيس:

وإنـي أذيـن إن رجـعـت مملـكـاً بسـيـر تـرى منـه الـغـرانـق أوزرا

وإنما كان الأذين بمعنى الحميل لأن الأذين والأذان والإذن وما تصرف من ذلك إنما هو بمعنى الإعلام، فلما كان ذلك بمعنى الإعلام الذي لا يكون إلا بمعلوم متيقن لا يصح أن يوجد بخلافه إذ هو من العلم الذي هو معرفة المعلوم على ما هو به بخلاف الإخبار الذي يصح أن يوجد بخلاف مخبره لما يدخله من الصدق والكذب، فكان قول الرجل أنا أذين بما لفلان على فلان إيجاب منه على نفسه أداء المال إليه إذ لا يستعمل ذلك اللفظ إلا في الواحد المتيقن اهـ. ص: **(ولم يجب وكيل لخصومة)** ش: أي يخاصم عنه ويسمع البينة. ص: **(إلا بشاهد)** ش: الاستثناء راجع لمسألة الكفيل كما يفهم من كتاب الكفالة من المدونة. وفي كتاب الشهادات من المدونة خلاف هذا، وأنه يجب الكفيل بالوجه ولو لم يأت بشاهد. وقد ذكر المصنف كلام المدونة في باب الشهادات، وذكر كلام الشيوخ عليه هل هو خلاف أو وفاق والله أعلم.

أن يكون القول قول الحميل لأن الطالب يدعي اشتغال ذمته فعليه البيان. ابن يونس: ولأن الحمالة معروف ولا يلزم من المعروف إلا ما أقر به معطيه **(ولم يجب وكيل للخصومة ولا كفيل بالوجه بالدعوى إلا بشاهد وإن ادعى بينة بكالسوق وقفه القاضي عنده)** من المدونة قال ابن القاسم: إرساله وكيلاً بالخصومة حتى يقيم البينة عند القاضي لم يلزم المطلوب ذلك إلا أن يشاء وإن سأله كفيلاً بالحق حتى يقيم البينة لم يكن له ذلك إلا أن يقيم شاهداً فله أخذ كفيل وإلا فلا، إلا أن يدعي بينة يحضرها من السوق أو من بعض القبائل فليوقف القاضي المطلوب عنده لمجيء البينة، فإن جاء بها وإلا خلى سبيله. قال ابن القاسم: ومن كان بينه وبين رجل خلطة في معاملة فادعى عليه حقاً لم يجب له عليه كفيل بوجهه حتى يثبت حقه. ابن شاس.

باب الشركة

إِذْنٌ فِي التَّصَرُّفِ لَهُمَا مَعَ أَنْفُسِهِمَا،

باب الشركة

ضبطها في التوضيح بكسر الشين وسكون الراء وكذا الشارح وغيره. وقال البساطي: قال بعضهم: لم يثبت فيها إلا كسر الشين وسكون الراء وخالفه بعضهم انتهى. وضبطها غير واحد بكسر الشين المعجمة وسكون الراء وبفتح الشين المعجمة وكسر الراء. وصدر الجلال الأسيوطي في حاشية البخاري بالثاني. وقال ابن حجر: والشركة بفتح المعجمة وكسر الراء وبكسر أوله وسكون الراء، وقد تحذف الهاء وقد يحذف أوله مع ذلك فتلك أربع لغات، وهي ما يحدث بالاختيار بين اثنين فصاعداً من الاختلاط لتحصيل الربح وقد يحصل بغير قصد كالإرث انتهى. ص: **(إذن في التصرف لهما مع أنفسهما)** ش: يعني أن الشركة هي أذن كل واحد من المتشاركين لصاحبه في التصرف في ماله أو ببدنه «لهما» أي له ولشريكه أي أن يتصرف له ولشريكه مع أنفسهما أي مع تصرفهما أنفسهما أيضاً. فمعنى الحد أن الشركة هي أذن كل واحد من المتشاركين لصاحبه في أن يتصرف في ماله أو ببدنه له ولصاحبه مع تصرفهما أنفسهما أيضاً. فقوله: «إذن في التصرف» بمنزلة الجنس يشمل الوكالة والقراض. وقوله: «لهما» فصل يخرج به الوكالة لأنها ليس فيها أذن من الموكل للوكيل في أن يتصرف في الشيء الموكل فيه للموكل وحده. وقول الشارحين إن الوكالة خرجت بقول المؤلف «مع أنفسهما» ليس بظاهر، وبهذا يخرج أيضاً قول من ملك شيئاً لغيره أذنت لك في التصرف فيه معي. وقول الآخر له مثل ذلك لأن كل واحد لم يأذن لصاحبه في أن يتصرف في ذلك الشيء له ولصاحبه، وإنما أذن له أن يتصرف فيه لمالكه نيابة عنه، فبطل بهذا اعتراض ابن عرفة على هذا الحد بقوله: وقول ابن الحاجب أذن لهما في التصرف مع أنفسهما قبلوه فيبطل طرده

كتاب الشركة

وفيه ثلاثة أبواب: الأول في أركانها وهي العاقدان، والصيغة والمحل وهو المال والأعمال. الباب الثاني في أحكامها. الباب الثالث في النزاع **(للشركة إذن في التصرف لهما مع أنفسهما)** ابن عرفة:

بقول من ملك شيئاً لغيره أذنت لك في التصرف فيه معي. وقول الآخر مثل ذلك وليس بشركة لأنه لو هلك ملك أحدهما لم يضمنه الآخر وهو لازم الشركة، ونفي اللازم ينفي الملزوم انتهى. ولو قال كل واحد لصاحبه أذنت لك في التصرف في هذا الشيء لي ولك لكانت شركة، ثم تجري على أحكام الشركة فيما يصح منها وما يفسد بسبب الخلط وعدمه وما يثبت به الضمان وما لا يثبت على ما سيأتي.

وقوله: «مع أنفسهما» فصل ثانٍ خرج به قول كل واحد لصاحبه تصرف في هذه المائة ونحوها أنت وحدك على أن الربح لي ولك بشرط أن لا يتصرف كل واحد في مال نفسه، فليس ذلك بشركة. فقوله: «لهما» متعلق بالتصرف، وقوله: «مع أنفسهما» حال من الإذن أي حال كون ذلك الإذن في التصرف مع تصرفهما بأنفسهما. وعلق ابن عرفة قوله: «لهما» بالإذن فأورد ما أورده ثم قال ابن عرفة: ويبطل عكسه بخروج شركة الجبر كالورثة، وشركة المتبايعين بينهم شيئاً. وقد ذكرهما يعني ابن الحاجب إذ لا إذن في التصرف لهما، ولذا اختلف في كون تصرف أحدهما كغاصب أم لا. ثم استدل بما في سماع ابن القاسم في ضرب أحد الشريكين العبد بغير إذن شريكه ونظائر ذلك، فقال في سماع ابن القاسم: ليس لأحد مالكي عبد ضربه بغير إذن شريكه، وإن فعل ضمنه إلا في ضرب لا يعيب مثله أو ضرب أدب. قال سحنون: نضمنه مطلقاً ولو ضربة واحدة كأجنبي. ابن رشد: رأى مالك شركته شبهة تسقط الضمان في ضرب الأدب وهو أظهر من قول سحنون، لأن تركه ضربه أدباً يفسده، وعليه زرع أحد الشريكين وبناؤه في أرض بينهما بغير إذن شريكه في كونه كغاصب يقلع بناؤه أو زرعه أو لا لشبهة الشركة فيكون له الزرع وإن لم يفت الإبان ويكون عليه الكراء في نصف شريكه ويكون له قيمة بنائه قائماً. وعليه قول ابن القاسم في إيلاد العبد أمة بينه وبين حر نصف قيمتها جناية في رقبته. وقول سحنون هذا دين في ذمته يتبع بما نقص نصف ثمنها عن نصف قيمتها انتهى. والمسألة مذكورة في أول رسم من سماع ابن القاسم في كتاب الشركة.

قلت: ويجاب عن خروج ما ذكر بأن سياق الكلام يدل على أن القصد إنما هو حد شركة في التجر إنها هي المعقود لها الترجمة، وإن ذكر غيرها معها فبطريق التبع والله أعلم. وقال ابن عرفة: الشركة الأعمية تقرر متمول بين مالكين فأكثر ملكاً، والأخصية بيع ملك كل بعضه ببعض كل الآخر موجب صحة تصرفهما في الجميع، فيدخل في الأول شركة الإرث والغنيمة لا شركة التجر، يريد أنها تخرج بقوله ملكاً فقط لأن فيها زيادة التصرف. قال: وهما في الثانية على العكس. وشركة الأبدان والحرث باعتبار العمل في الثانية وفي عوضه في الأولى، وقد يتباينان في الحكم شركة الشريك فالأولى جائزة والثانية ممنوعة فيها ليس لأحدهما أن يفاوض شريكاً دون إذن شريكه، وله أن يشاركه في سلعة بعينها دون إذنه انتهى. وانظر ما

وَإِنَّمَا تَصِحُّ مِنْ أَهْلِ التَّوْكِيلِ وَالتَّوَكُّلِ،

معنى تسمية الأولى أعمية مع خروج بعض أنواع الشركة منها كما ذكر فتأمله والله أعلم.
ص: (وإنما تصح من أهل التوكيل والتوكل) ش: يعني أنه يشترط في صحة عاقدي الشركة أن يكونا من أهل التوكيل والتوكل هكذا. قال ابن شاس وابن الحاجب: قال ابن عرفة: وقبله ابن عبد السلام وغيره وكلهم تبعوا الوجيز ويرد بوجوب زيادة «وأهلية البيع» لأن كلاً منهما بائع لصاحبه نصف ماله ولا يستلزمها أهلية الوكالة لجواز توكيل الأعمى اتفاقاً وتوكله، وتقدم الخلاف في صحة كونه بائعاً انتهى. وذكره ابن غازي كالمنكت به على المصنف.

قلت: ولا يحتاج المصنف إلى زيادة أهلية البيع لأن بيع الأعمى جائز على المشهور، والمصنف إنما يفرع عليه. نعم لو اقتصروا على أحد اللفظين فقالوا من أهل التوكيل والتوكل، أو قالوا من أهل الوكالة لكان أنسب بالاختصار، فقد قال ابن الحاجب في باب الوكالة: من جاز أن يتصرف لنفسه جاز أن يوكل وأن يتوكل إلا لمانع وقبله ابن عرفة. وقال: وقول ابن شاس من جاز تصرفه لنفسه جاز كونه وكيلاً إلا لمانع ومسائل المذهب واضحة به انتهى.

فإن قلت: قد يجوز للشخص أن يوكل ولا يجوز له أن يتوكل كالذمي، يجوز توكيله ولا يجوز أن يتوكل على مسلم، وكالعدو فإنه لا يصح توكيله على عدوه كما أشار إلى ذلك ابن الحاجب وابن شاس بقولهما: «إلا لمانع» على ما قال ابن عبد السلام، فلعل المصنف أراد إخراج ذلك من الشركة أيضاً. قلت: أما أولاً فعلى تسليمه فكان يمكنهم أن يقتصروا على قولهم من أهل التوكل لأنه يستلزم أن يكون من أهل التوكيل على ما قررتم، وأما ثانياً فلا نسلم أن الذمي والعدو ليسا من أهل التوكل لأن توكيلهما، إنما يمتنع بالنسبة إلى بعض الأشخاص فقط. وأيضاً فلا يحتاج إلى ذلك في هذا الباب لأن الظاهر في مشاركة العدو أنها جائزة، وأما مشاركة الذمي فالظاهر من كلامه في المدونة أنها صحيحة وإن كانت لا تصح ابتداء. قال فيها في كتاب الشركة: ولا يصح لمسلم أن يشارك ذمياً إلا أن لا يغيب الذمي على بيع ولا شراء ولا قضاء ولا اقتضاء إلا بحضرة المسلم انتهى. قال ابن عرفة بعد ذكره كلام المدونة: اللخمي: فإن وقع استحب صدقته بربحه إن شك في عمله بالربا وبجميع ماله إن شك في عمله به في خمر وإلا لم يكن عليه شيء انتهى. قوله: «وإلا لم يكن عليه شيء» أي وإن علم سلامته من عمل الربا وتجر الخمر فلا شيء عليه. كذا قال اللخمي ونقله القرافي، والظاهر أن حكم مشاركة المسلم الذي لا يحافظ على دينه في التصدق بالربح كذلك، وانظر إذا تحقق عمله بالربا أو في الخمر ما الحكم؟ هل يجب التصدق أو يستحب أيضاً؟ والظاهر

الشركة الأعمية تقرر متمول بين مالكين فأكثر ملكاً فقط، والأخصية بيع مالك كل بعضه ببعض الآخر يوجب صحة تصرفهما في الجميع **(وإنما تصح من أهل التوكيل والتوكل)** ابن شاس: من أركانها العاقدان ولا يشترط فيهما إلا أهلية التوكيل والتوكل بأن كل واحد منهما متصرف لنفسه

....

الوجوب لما سيأتي في الوكالة عن المازري، فمقتضى هذا أن الشركة صحيحة بل وجائزة إذا لم يغب الذمي على البيع والشراء، وصرح بذلك في الشامل فقال: وكرهت مشاركة ذمي ومتهم في دينه إن تولى البيع والشراء والإجاز. وعلى ما ذكر في السؤال تكون مشاركة الذمي غير صحيحة، وكذلك مشاركة العدو وهو خلاف المفهوم مما تقدم فتأمله والله أعلم.

تنبيهات: الأول: قال في التوضيح: فإن قيل: فقد قالوا: إن الذمي لا يوكل على مسلم، فهل يأتي هنا أي في باب الشركة أنه لا يشاركه؟ قيل: لا يبعد فقد قال ابن حبيب: لا ينبغي للحافظ لدينه أن يشارك إلا أهل الدين والأمانة والتوقي للخيانة والربا والتخليط في التجارة ولا يشارك يهودياً ولا نصرانياً ولا مسلماً فاجراً إلا أن يكون هو الذي يتولى البيع والشراء وإنما للآخر فيه البطش والعمل انتهى. ونحوه لابن عبد السلام. قلت: وكأنهما لم يقفا على كلام المدونة المتقدم. قال ابن عرفة بعد نقله كلام المدونة المتقدم: ويستشكل بأن الشركة ملزومة للبيع فيلزم عليه أن يشترط في بيع المسلم للذمي شيئاً أن لا يبيعه الذمي إلا بحضرة المسلم. قال: ويجاب بأن ما ذكر في الشركة من عدم غيبته على البيع معتبر وقوعه لا أنه شرط، وإن سلم اشتراطه فإنما هو لكونه وكيلاً لا لكونه مبتاعاً انتهى بالمعنى.

الثاني: قال بعضهم: كيف أجاز مالك شركة المسلم للذمي بشرط أن لا يغيب الذمي على بيع ولا شراء، ومنع الشركة إذا شرط أحد الشريكين أن يمسك رأس المال؟ فأجاب بعضهم: بأن الشرط في مسألة الذمي بعد العقد وهذا ليس بظاهر. وقال بعضهم: الفرق بينهما ظاهر لأنه في مسألة الذمي لم يخرج المال من يده بالكلية بخلاف المسألة الأخرى.

الثالث: قال في التوضيح: في قول ابن الحاجب المتقدم: «إلا لمانع» أي من الموانع المتقدمة في الحجر انتهى. وليس هذا مراده لأن موانع الحجر قد دخلت في مفهوم قوله: «من جاز تصرفه لنفسه جاز أن يوكل أو يتوكل». وإنما مراده المانع المختص بهذا الباب وهو ما ذكره إثره من كون الوكيل ذمياً ومن كونه عدواً للموكل عليه كما قدمناه. وأما ما حمله عليه المؤلف فربما يوهم أن المانع من الحجر مستثنى من المانع في الوكالة فتأمله. ولهذا قال ابن عبد السلام في شرح قول ابن الحاجب إثر الكلام المتقدم: وفيها لا يوكل الذمي إلى آخره لما استثنى المؤلف في المسألة السابقة فقال: «إلا لمانع» احتاج أن يبين المانع ما هو الخ كلامه. ويوضح ذلك كلام الذخيرة فإنه قال: الركن الأول الموكل. قال في الجواهر: من جاز تصرفه لنفسه جاز له الاستنابة. ثم تكلم عليه نحو الخمسة أسطر ثم قال: الركن الثاني الوكيل. قال في الجواهر: من جاز له أن يتصرف لنفسه جاز له أن ينوب فيه عن غيره إذا كان قابلاً للاستنابة إلا أن يمنع مانع فقد منع في الكتاب توكيل الذمي إلى آخره.

الرابع: قال فيها: وتجوز الشركة بين النساء وبينهن وبين الرجال. قال اللخمي: يريد إن

كانت متجالة أو شابة ولا تباشره في التجارة لأن كثرة محادثة الشابة للرجل يتقي منها الفتنة، فإن كان بينهما واسطة فلا بأس. قال ابن عرفة: يريد واسطة مأمونة. المتيطي عن ابن الهندي: وإنما تجوز بين الرجل والمرأة إذا كانا صالحين مشهورين بالخير والدين والفضل وإلا فلا انتهى. قال أبو الحسن: أو مع ذي محرم انتهى.

الخامس: قال فيها: وتجوز شركة العبيد إذا أذن لهم في التجارة. قال ابن عرفة: اللخمي: إن لم يكن مأذوناً له وولي البيع والشراء لم يضمن الحر وضيعة المال ولا تلفه، وكذا إن وليا معاً البيع والشراء ووزن كل واحد منهما منابه وأغلقا عليهما ولم ينفرد الحر بها، وإن انفرد الحر بتولي ذلك ضمن رأس المال إن هلك وخسر انتهى. فإن كانا عبدين فلا ضمان على من تولى ذلك منهما وهو ظاهر والله أعلم. وكذا في المسألة الأولى لا ضمان على العبد في ضياع مال الحر. وانظر لو غره، والظاهر أنه جناية في رقبته والله أعلم.

السادس: اقتضى كلام ابن شاس وابن الحاجب أن توكيل المحجور وتوكله غير جائز وهو الذي يؤخذ من كلام المصنف هنا وفي ذلك اضطراب، فإنهم أجازوا له التوكيل في بعض الصور بل أخذ بجواز توكيله مطلقاً كما سيأتي. وفي توكيله خلاف وظاهر المدونة جوازه كما سيأتي. قال في التوضيح في باب الوكالة في كلام ابن الحاجب المتقدم: وعلى هذا فيجوز للمحجور عليها أن توكل في لوازم عصمتها انتهى. بل ليس لوليها قيام في ذلك إلا بتوكيل منها. قال ابن فرحون في تقسيم المدعى عليهم: وليس للأب ولا للوصي القيام عمن في نظرهما من ابنة أو يتيمة إذا أضر بها زوجها في نفسها إلا بتوكيلها. ثم قال: وإذا أقامت سبع سنين ثم أراد أبوها أن يطالب زوجها بالكالىء أو غيره من حقوقها لم يكن له ذلك إلا بتوكيلها ألا يتصل سفهها انتهى. وفي هذا الأخير خلاف انظره في باب الصداق. وقال في اللباب: ويصح التوكيل من المحجور على الخصومة وللوصي أن يوكل في حق محجوره من يطلب حقوقه ولا يجعل له الإقرار ولا يشترط في الوكيل أن يكون رشيداً انتهى. وقال في معين الحكام في باب الوصايا وما يتعلق بها مسألة: يجوز للمحجور طلب حقوقه عند قاض أو غيره ولا يمنع من ذلك في حضور وصيه أو غيبته، قال أبو بكر: وله أن يوكل على ذلك ليعلم ما يتوجه إليه وخالفه غيره في ذلك انتهى. وقال ابن عرفة إثر كلامه المتقدم الذي نقله عن ابن شاس وهو قوله: من جاز تصرفه لنفسه جاز توكيله، ومن جاز تصرفه لنفسه جاز كونه وكيلاً إلا لمانع، ومسائل المذهب واضحة به وبامتناع توكيل من ليس جائز الأمر في سماع يحيى في توكيل بكر من يخاصم لها توكيلها غير جائز لأنها لا تلي مثل هذا من أمرها إنما يليه وصيها أو من يوكله السلطان. ووقع في المدونة ما يوهم صحة وكالة المحجور عليه ففي عتقها الثاني إن دفع العبد مالاً لرجل على أن يشتريه ويعتقه ففعل فالبيع لازم، فإن استثنى ماله لم يغرم الثمن ثانياً وإلا غرمه ويعتق العبد ولا يتبع بشيء، وفي سماع يحيى من العتق ما هو كالنص

في ذلك قال فيه: إن دفع عبد إلى رجل مائة دينار وقال له: اشترني لنفسي فاشتراه لنفس العبد واستثنى ماله كان حراً، ولا رجوع لبائعه على العبد ولا على المشتري بشيء وولاؤه لبائعه. ابن رشد: مرض الأصيلي هذا الشراء بأن وكالة العبد لا تجوز إلا بإذن سيده. فعلى قياس قوله: إن لم يعلم السيد أنه اشتراه للعبد كان له رد ذلك وإن علم فلا كلام له.

قلت: كان يجري لنا الجواب عن تعقب الأصيلي بأن حجر العبد إنما هو ما دام في ملك سيده وهو ببيعه خرج عن ملكه وصح توكيله ولزم عتقه ضربة واحدة كقولها فيمن باع عبده بعد أن تزوج بغير إذنه ولم يعلم به مضىنكاحهوليس لسيده فسخه إلا أن يرجع لملكه برده مبتاعه بعيب في نكاحه انتهى. وما نقله ابن عرفة عن سماع يحيى في مسألة العتق لم أجدها فيه وإنما هي في سماع عيسى. ومسألة وكالة البكر في الخصومة في كتاب البضائع والوكالات، وما ذكره من أن البكر لا تلي ذلك يعني المخاصمة قبله ابن رشد، وهو خلاف ما ذكره صاحب معين الحكام كما تقدم. وقول ابن عرفة في جواب الأصيلي وهو ببيعه خرج عن ملكه وصح توكيله ولزم عتقه ضربة واحدة فيه نظر، لأن التوكيل باطل على ما يقول الأصيلي قبل انتقال الملك فلا ينتقل الملك بالشراء الواقع به، وأما إذا صح البيع وخرج عن ملك السيد فلا حاجة إذاً إلى تصحيح التوكيل أو عدم تصحيحه، وفي قياسه أو تشبيهه بمسألة نكاح العبد غير ظاهر وذلك بين. ويمكن الجواب عما قال الأصيلي بأن يقال: سلمنا أن توكيله لا يجوز غاية ما فيه أنه شراء فضولي وهو جائز صحيح على المشهور، فإذا أمضاه العبد بعد ذلك ورضيه مضى وصح العتق. وفاعل استثنى من قوله: «واستثنى ماله» ضمير يعود على المشتري الذي دفع إليه العبد المائة. ثم قال ابن عرفة: وأما منع كون الوكيل محجوراً عليه فقال اللخمي: لا يجوز توكيله لأنه تضييع للمال.

قلت: وعليه عمل أهل بلدنا وظاهر كتاب المديان جوازه فيها منه ما نصه: قلت: إن دفع إلى عبد أجنبي محجور عليه مالاً يتجر به أو ليتيم محجور عليه ثم لحقهما دين أيكون في ذمتهما؟ قال: قال مالك: يكون في المال الذي دفع إليهما وما زاد عليه فهو ساقط لا يكون في ذمتهما.

قلت: ظاهره جواز توكيلهما إلا أن يقال إنما تكلم عليه بعد الوقوع، والأول أظهر وهو الأكثر من أخذ المشايخ من مفهومات المدونة الأحكام، ويؤيده سماع أصبغ في العتق أن من قال أشهدكم إنما أعتق ابني أو أحدث رقيقي فأمره جائز وابنه سفيه، ثم باع ابنه من رقيق أبيه عشرة جاز بيعه على أبيه وإن كره إلا أن يبيع بما لا يتغابن بمثله من محاباة بينة ووكالة السفيه كغيره. ابن رشد: هذا بين لا خلاف فيه ولا إشكال، والتوكيل في الحياة بخلاف الوصية بمال ولده لا تجوز لسفيه بخلاف وصية بتنفيذ ثلثه إلى سفيه أو غير عدل ذلك جائز لأن ثلثه له حياً

....

وميتاً، وظاهر كلام ابن رشد في رسم أسلم من كتاب العتق جواز توكيل المحجور عليه. وفي نوازل ابن الحاج: من وكل على قبض ديون له صبياً قبل بلوغه فقبضه براءة للغريم لأن رب الحق رضيه وأنزله منزلته انتهى. ولفظ التهذيب في مسألة كتاب المديان المتقدمة: فما لحقهما من دين فيه كان في ذلك المال خاصة ولا يلزم ذمتهما ولا ذمة الدافع شيء انتهى. وما ذكره عن سماع أصبغ في العتق إنما رأيته في رسم أسلم من سماع عيسى من كتاب العتق وكلام ابن رشد المذكور فيه. وفيه بعد قوله هذا بين لا خلاف فيه، ولا إشكال لأن للرجل أن يوكل على نفسه في حياته من رضي توكيله من رشيد أو سفيه، فيلزمه من فعل السفيه ما يلزمه من فعل الرشيد. ثم ذكر بقية الكلام المتقدم. وما نقله ابن عرفة عن نوازل ابن الحاج نقله عن ابن سلمون. قال في التوضيح في باب الوكالة في قول ابن الحاجب المتقدم: من جاز تصرفه لنفسه جاز توكيله لنفسه.

فإن قلت: يرد عليه ما في المدونة «ومن وكل عبداً مأذوناً له في التجارة أو غير مأذون له ليسلم له في طعام ففعل فذلك جائز لأنه لا يتصرف لنفسه»، فالجواب أن ذلك محمول على المأذون له باتفاق انتهى. ولفظ المدونة «أو محجور عليه» عوض قول التوضيح «أو غير مأذون له». وأجاب ابن عبد السلام بقوله: لا شك أن معنى مسألة المدونة عند الجميع أن ذلك مشروط بإذن سيد العبد فلا إشكال، لأنه كما يجوز له أن يتصرف بإذن سيده فكذلك يجوز له أن يتوكل وأن يوكل على السلم بإذنه انتهى. وعبارته أوضح من عبارة المؤلف فلذلك ذكرتها. ومسألة المدونة في السلم الثاني وما ذكره ابن عبد السلام والمؤلف من الجواب لم يذكره أحد ممن رأيت من شراح المدونة، بل ذكر أبو الحسن عن ابن محرز ما يؤخذ منه خلاف ذلك ونصه: قال ابن محرز: أما المأذون له فلا أجر على من وكله لأنه كأنه مأذون له في هذا المقدار الخفيف من العمل. ألا ترى أنه قد يودع فيحفظ الوديعة بغير إذن سيده ولا يكون له في ذلك أجر، وأما غير المأذون فينبغي أن تكون له أجرة يدفعها من وكله إلى سيده. الشيخ إلا أن يكون عمله ذلك لا خطب له لكون المسلم إليه أتى إلى منزل العبد فلا يكون له أجرة كما قال في كتاب الإجارة في مناولة القدح والنعل انتهى. ونحوه في المشذالي قال: قوله «أو محجور» لم يتكلم هنا هل لسيده أن يطالب الموكل بقيمة عمله؟ وفصل بعضهم فقال: إن كان عمل له بال فله قيمة عمله إن كان محجوراً، وإن كان مأذوناً فلا انتهى. وكذلك قال اللخمي: من وكل عبداً فأسلم له في طعام مضى والسلم للآمر، فإن كان العبد محجوراً كان لسيده إجارته في ذلك، وإن كان مأذوناً وفعل ذلك ليصلح به وجهه في تجارته لم يكن لسيده شيء لأن الغالب في إجارته ذلك يسيرة انتهى من السلم الثالث من تبصرته. فتحصل من هذه النقول أن توكيل المحجور عليه في الخصام في تخليص ماله وطلب حقوقه لا يجوز على ظاهر المذهب، ويصح على ما قاله في اللباب ونقله في معين الحكام عن أبي بكر بن عبد

وَلَزِمَتْ بِمَا يَدُلُّ عُرْفاً: كَاشْتَرَكنَا

الرحمن، وتقدم أنه يقال: إن غيره خالفه فيه. وأما توكيله على البيع والشراء في ماله فلا يجوز ولم أر فيه خلافاً بعد البحث إلا ما يؤخذ من مسألة العتق التي في المدونة والعتبية المتقدم ذكرهما. وأما توكيل المرأة المحجور عليها في لوازم عصمتها فيجوز كما صرح به في التوضيح، بل ليس لوليها القيام في ذلك إلا بتوكيل منها كما تقدم. وأما كون المحجور عليه وكيلاً فيجوز على ما صرح به في العتبية في رسم أسلم من سماع عيسى من كتاب العتق، وصرح به ابن رشد في شرحها من أنه يجوز بلا خلاف، وصرح به ابن راشد في اللباب وأفتى به ابن الحاج، ويؤخذ من مسألة السلم الثاني من المدونة ومن مسألة كتاب المديان منها ولا يجوز على ما قاله اللخمي. وقال ابن عرفة: عليه عمل أهل بلدنا ومشى عليه صاحب الجواهر وتابعيه كالقرافي وابن الحاجب، وقبله ابن عبد السلام والمصنف في التوضيح وغيرهم. فتحصل في ذلك طريقان، وإنما أطلت الكلام في هذا لأن المصنف لم يتكلم عليه في الوكالة. ويؤخذ من كلامه هنا المنع من توكيله وتوكله وهو أحد الطريقين كما علمت لكن يقيد ذلك بما عدا توكيل المحجور عليها في لوازم العصمة والله أعلم. ص: **(ولزمت بما يدل عرفاً)** ش: يعني أن حكم الشركة ابتداء الجواز فإذا انعقدت لزمت. قال ابن عرفة: وحكمها الجواز كجزأيها البيع والوكالة وعروض ما يوجبها بعيد بخلاف موجب حرمتها وكراهتها. ودليلها الإجماع في بعض صورها، وحديث أبي داود بسنده إلى أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ: «إن الله يقول: أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما الآخر فإذا خانه خرجت من بينهما»[1] ذكره عبد الحق وصححه بسكوته عنه والحاكم في مستدركه انتهى. وفي التوضيح: الإجماع على جوازها من حيث الجملة انتهى. وذكر صاحب المقدمات واللخمي وشراح المدونة آيات وأحاديث تدل على الأصل في الشركة كآية المواريث وقوله: ﴿ضرب الله مثلاً رجلاً فيه شركاء﴾ [الزمر: ٢٩]. وقوله: ﴿وإذا حضر القسمة﴾ [النساء: ٨]. وحديث: «أيما دار قسمت في الجاهلية» وحديث: «الشفعة في كل ما يقسم»[2] وغير ذلك. وقال ابن عبد السلام: الأصل فيها قوله تعالى: ﴿فابعثوا أحدكم بورقكم﴾ [الكهف: ١٩]. والحديث المتقدم وحديث السفينة وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «مثل القائم على حدود الله والمداهن فيها كمثل قوم استهموا سفينة في البحر فأصاب بعضهم أعلاها وأصاب بعضهم أسفلها فكان الذين في أسفلها

ولصاحبه بإذنه. **(ولزمت بما يدل عرفاً كاشتركنا)** ابن شاس: من أركانها الصيغة الدالة على الإذن في التصرف أو ما يقوم مقامها في الدلالة على ذلك، ويكفي قولهما اشتركنا إذا كان يفهم منه المقصود

---

(١) رواه أبو داود في كتاب البيوع باب ٢٦.

(٢) رواه البخاري في كتاب الشفعة باب ٨،٩. كتاب الحيل باب ١٤. الدارمي في كتاب البيوع باب ٨٣.

....

يصعدون فيستقون الماء فيضيقون على الذين في أعلاها فقال الذين في أعلاها لا ندعكم تصعدون فتؤذوننا. فقال الذين في أسفلها: فإننا نثقبها من أسفلها فنستقي فإن أخذوا على أيديهم فمنعوهم نجوا جميعاً وإن تركوهم غرقوا جميعاً»[1] . قال الترمذي: حديث حسن صحيح انتهى. والعجب من عزوه الحديث للترمذي مع أنه في صحيح البخاري وكأنه تبع في ذلك عبد الحق في أحكامه فتأمله والله أعلم. وأما لزومها بعد العقد ففيه طريقان. قال ابن عبد السلام في شركة الأموال: المذهب لزومها بالعقد دون الشروع. واختلف في شركة الحرث هل هي كشركة الأموال وهو قول سحنون، أو لا تلزم إلا بالعمل وهو قول ابن القاسم؟ وقال ابن عرفة: قول ابن عبد السلام: «إن المذهب لزوم الشركة بالعقد دون الشروع» هو مقتضى قول ابن الحاجب: «يجوز التبرع بعد العقد» بخلاف قول ابن رشد في سماع ابن القاسم: «أنها من العقود الجائزة» وهو مقتضى مفهوم السماع: «أنه إن شرط ذلك بعد العقد لا يجوز»، ونحوه قوله في المقدمات: «هي من العقود الجائزة لكل منهما أن ينفصل عن شريكه متى شاء»، ولهذه العلة لم تجز إلا على التكافؤ والاعتدال لأنه إن فضل أحدهما صاحبه فيما يخرجه فإنما يسمح في ذلك رجاء بقائه معه على الشركة فصار غرراً انتهى. وقال في التوضيح: قال في المقدمات: هي من العقود الجائزة لكل واحد أن ينفصل متى شاء إلا الشركة في الزرع ففي لزومها خلاف، ونحو ذلك اللخمي. وخرج قولاً بعدم لزومها لأول نصه من الشاذ في كراء المشاهرة قال: وأما إن أخرجا شيئاً ليشتريا به شيئاً معيناً فإنه يلزم إن لم يمكن كل واحد اشتراؤه بانفراده أو أمكنه ولكن اشتراؤهما أرخص وإلا فقولان، وهما على الخلاف في شرط ما لا يفيد. وفي معين الحكام: الشركة تنعقد بالقول على المشهور من قول مالك وأصحابه، وكذلك قال ابن يونس إنها تلزم بالعقد كالبيع ولا رجوع لأحدهما فيها كالبيع بخلاف الجعل والقراض. ولعياض نحوه: والظاهر أنه لا مخالفة بينهم. ومراد ابن يونس ونحوه أنها تلزم بالعقد باعتبار الضمان أي إذا هلك شيء بعد العقد يكون ضمانه منهما خلافاً لمن يقول إنها لا تنعقد إلا بالخلط انتهى.

قلت: بل الظاهر أن كلام ابن يونس وعياض وصاحب المعين وابن عبد السلام مخالف لكلام ابن رشد واللخمي، وقول ابن عرفة هو مقتضى قول ابن الحاجب: «يجوز التبرع بعد العقد» ظاهره أنه لم يقف عليه لغيره وقد نص على ذلك في كتاب الشركة من المدونة فقال بعد أن ذكر أنها تفسد: إذا عقداها على التفاوت في الربح أو العمل أو التساوي في ذلك مع التفاضل في رؤوس الأموال ما نصه: ولو صح عقد المتفاضلين في المال ثم تطوع الذي له الأقل

---

(١) رواه البخاري في كتاب الشركة باب ٦. الترمذي في كتاب الفتن باب ١٢. أحمد في مسنده (٤/ ٢٦٨، ٢٧٠).

بِذَهَبَيْنِ أَوْ وَرِقَيْنِ اتَّفَقَ صَرْفُهُمَا، وَبِهِمَا مِنْهُمَا،

فعمل في الجميع جاز ولا أجر له انتهى. قال أبو الحسن: ظاهره أن الشركة تلزم بالعقد ولو لم تلزم بالعقد لما جاز لأنه إنما تطوع رجاء البقاء معه وذلك لا يلزمه فصار ذلك غرراً. الشيخ: كأنه نوع رشوة ويقوم منه أنه يجوز أن يسلف أحدهما الآخر بعد صحة العقد انتهى. فما ذكره ابن الحاجب والمصنف من جواز التبرع بعد العقد موافق لما في المدونة، ومقتضاه لزوم العقد كما قال المصنف. قوله: «بما يدل عرفاً» أي بما يدل على إذن كل واحد لصاحبه في التصرف على الوجه المذكور عرفاً، وسواء كان لفظاً أو ما يقوم مقامه. فمن اللفظ الدال على الشركة قولهما اشتركنا إذا فهم منه مقصودهما عرفاً. قال في اللباب: الصيغة لفظ أو ما يقوم مقامه يدل على إذن كل واحد في التصرف لصاحبه، ويكفي قولهما اشتركنا إذا فهم المقصود عرفاً انتهى. قال في التوضيح: ومثل الفعل الدال لو خلطا ماليهما وباعا انتهى.واعتراض البساطي على المؤلف كونه لم يقل لغة أو عرفاً غير ظاهر والله أعلم. ص: **(بذهبين)** ش: أركان الشركة أربعة: العاقدان والصيغة والمحل، فلما ذكر الثلاثة الأول أتبعها بالرابع وهو المحل وهو المال أو العمل فبدأ بالمال فقال بذهبين أو ورقين. ص: **(اتفق صرفهما)** ش: يريد ووزنهما ويغتفر التفاوت اليسير. قال ابن عرفة: وفيها قصر اعتبار التساوي بين النقدين في الوزن والقيمة لا السكة ويسير اختلافهما في الصرف لغو انتهى. قال في المدونة: وإن أخرج أحدهما دنانير هاشمية وأخرج الآخر مثل وزنها دنانير دمشقية، أو أخرج هذا دراهم يزيدية والآخر وزنها محمدية، وصرفهما مختلف لم يجز إلا في الاختلاف اليسير الذي لا بال له فيجوز، وهما فيما كثر كتفاضل المالين، ولو جعلا الربح والعمل بينهما بقدر فضل ما بين السكتين لم يجز إذ صرفاهما إلى القيم وحكمهما الوزن في البيع والشركة انتهى. فحاصله أنه إذا اختلف الصرف لا تجوز الشركة ولو جعلا الربح على قدر قيمة صرف كل دينار. قال أبو الحسن: وصورة قدر القيمة أن يقال: ما قيمة المحمدية؟ فيقال:عشرة .وما قيمة اليزيدية؟ فيقال: خمسة. فيشتركان على الثلث والثلثين فيؤدي إلى التفاضل. قال ابن المواز: فإن نزل أخذ كل واحد مثل رأس ماله بعينه في سكته وكان الربح بقدر وزن رأس ماله لا على فضل ما بين السكتين. وقاله مالك. قال بعض القرويين: لعل محمداً يريد إذا لم يختلف سوق السكتين من يوم الشركة إلى يوم القسمة، وأما إذا اختلف فيظلم الذي زاد سوق سكته صاحبه إذا أعطاه مثل رأس ماله وقيمته أكثر مما دفع انتهى. وانظر سماع ابن القاسم من الشركة.

عرفاً. ابن رشد: مذهب ابن القاسم وروايته في المدوّنة أنها تنعقد باللفظ **(بذهبين أو ورقين اتفق صرفهما)** من المدونة قال ابن القاسم: تجوز الشركة بالعين مثل أن يخرجا دنانير ودنانير أو دراهم ودراهم متفقة النفاق والعين **(وبهما منهما)** من المدونة قال ابن القاسم: أما إن أخرج هذا ذهباً وفضة وهذا مثله ذهباً وفضة فلا بأس به، وأما إن أخرج أحدهما دنانير والآخر دراهم فإنه لا يجوز، وإن باع

وَبِعَيْنٍ: وَبِعَرْضٍ، وَبِعَرْضَيْنِ مُطْلَقاً،

فرع: قال في المدونة: وإن كانت السكتان متفقتي الصرف يوم الشركة جاز، فإن افترقا وقد حال الصرف لم ينظر إلى ذلك ويقتسمان ما بأيديهما عرضاً كان أو طعاماً أو عيناً انتهى.

ص: **(وبعين وبعرض)** ش: يريد ولو كان العرض طعاماً. قال في المدونة: وتجوز الشركة بطعام ودراهم أو بعين وعرض على ما ذكرنا من القيم وبقدر ذلك يكون الربح والعمل انتهى. ص:

نصف ذهبه بنصف فضة صاحبه قيل: ما الفرق بينهما؟ قال: لأن هذه صرف مع شركة والأولى ليس فيها صرف. **(وبعين وبعرض)** ابن رشد: أجاز ابن القاسم الشركة بالعرضين المختلفين أو العرض من عند أحدهما والدنانير أو الدراهم من عند الآخر إذا استوت القيمة في ذلك إذ ليس في ذلك إلا علة واحدة وهي البيع والشركة، وقال قبل ذلك: لا يجوز أن ينضاف إلى الشركة بيع ولا إجارة إذا كانا خارجين عنها. واختلف إذا كانا داخلين فأجاز ذلك سحنون، واضطرب فيه قول ابن القاسم فأجاز أن يشتري الرجلان بالعرضين من صنفين إذا استوت قيمتهما، وبالعروض من أحدهما والدنانير أو الدراهم من أحدهما، ولم يجز أن يأتي أحدهما بالدابة والآخر بالبيت أو الرحا فيشتركان على أن يعملا عليهما وإن استوت قيمة كرائهما، وأجاز أن يستأجر أحدهما من صاحبه نصف الدابة على أن يعملا عليهما واستوت، وهذا تناقض لأنه بيع وإجارة داخلان في الشركة فهو جائز. وفي الموازية: لا يجوز أن يخرج كل واحد منهما عشرة ولأحدهما دابة والأخرى يعمل عليها في جميع المال انتهى. ويبقى النظر في مسألة الرحا. ومسألة الموازية: إذا استأجر أحدهما من صاحبه فظاهر ابن رشد أن هذا لا يقوله ابن القاسم لأنه أتى بمسألة استئجار أحدهما الدابة أنها معارضة لمسألة الدابة والرحا. والذي للمتيطي: إن جعل أحدهما الحانوت والآخر الأداة وكانا ذوي صنعة واحدة، وعلى أن يكون الكسب بينهما على السواء، وأكرى هذا من هذا بشيء معلوم وتساويا في ذلك جاز وإلا لم يجز لقول مالك: إذا جاء أحدهما برحا والآخر بدابة ولم يتقاوما ذلك أنه لا يجوز، فأما إن قوما الرحا والدابة قبل الشركة وأكرى بعضهم من بعض فيجوز، وتكتب في ذلك تشارك فلان وفلان بأن جعل فلان بيتاً حده كذا وفلان بغلاً صفته كذا وفلان رحاً بجميع آلتها وقوموا ذلك كله بالكراء، فاعتدل بعضهم مع بعض وتساووا جميعاً فيه وتتم العقد اهـ. وكذا نقل ابن يونس أنه إذا جاء هذا برحا وهذا بدابة وأكرى هذا من هذا وهذا من هذا بشيء معلوم وتساوى ذلك جاز. يبقى النظر في مسألة الموازية إن عمل فيها هكذا، هل يجوز أو لا؟فانظره أنت. ورأيت في الاستغناء ما نصه: إن اشتركا على أن يعملا على دوابهما من غير رأس مال لا خير فيه إلا أن يكري كل واحد منهما من الآخر نصف دوابه. وسيأتي عند قوله: «وصائدين في بازين» مزيد نقل **(وبعرضين مطلقاً)** ابن رشد: الشركة بالعرضين من صنف واحد جائزة بإجماع، وبالعرضين المختلفين أجازها ابن القاسم كما تقدم. وقال اللخمي: الشركة بالعروض إن كان القصد بيع بعض أحدهما ببعض الآخر أنه يلزمه، وعلى أنهما لا يتجران في أثمانهما إذا بيعا كانت جائزة وإن كان فيها تغابن أو تفاضل من أحدهما على الآخر. وإن كانت الشركة ليتجرا بأثمانهما جازت الشركة إذا كانت على أن لكل واحد منهما في الشركة مبلغ قيمة

وَكُلٌّ بِالْقِيمَةِ يَوْمَ أُحْضِرَ، لاَ فَاتَ، إِنْ صَحَّتْ، إِنْ خَلَطَا وَلَوْ حُكْماً وَإِلاَّ فَالتَّالِفُ مِنْ رَبِّهِ، وَمَا ابْتِيعَ بِغَيْرِهِ فَبَيْنَهُمَا، وَعَلَى الْمُتْلِفِ نِصْفُ الثَّمَنِ، وَهَلْ إِلاَّ أَنْ يَعْلَمَ بِالتَّلَفِ فَلَهُ وَعَلَيْهِ؟ أَوْ مُطْلَقاً إِلاَّ

(وكل بالقيمة يوم أحضر لا فات) ش: هو راجع إلى مسألة العرضين وإلى مسألة العين والعرض كما تقدم عن المدونة. والمعنى وكل من أخرج عرضاً فهو شريك بقيمته يوم أحضر، وقال ابن غازي: هذه العبارة توهم أن المعتبر في الفاسدة القيمة يوم الفوت وعبارة ابن الحاجب أبين منها إذ قال: فلو وقعت فاسدة فرأس ماله ما بيع به عرضه. وقال الصقليان عبد الحق وابن يونس: فإن لم يعرفا ما بيعت به سلعتهما فلكل واحد قيمة عرضه يوم البيع وحمله على هذا بعيد انتهى. ومثل ذلك لو خلطا الطعامين. قال: في المدونة: وإذا وقعت الشركة بالطعام فاسدة فرأس مال كل واحد ما بيع به طعامه. إذ هو في ضمانه حتى يبيع، ولو خلطاه قبل البيع جعلت رأس مال كل واحد قيمة طعام كل واحد يوم خلطاه انتهى. **ص: (إن خلطا) ش:** ظاهر كلامه أن الخلط شرط في حصول الشركة بينهما بالنسبة إلى الربح وإلى الخسارة وليس كذلك، وإنما هو شرط في الضمان. قال الرجراجي: ذهب ابن القاسم إلى أن الخلط شرط في الانعقاد في التوى أي في الهلاك لا في النماء لأنه قال: ما اشتراه أحدهما بماله قبل الخلط فهو بينهما وما ضاع فهو من صاحبه انتهى. وقال ابن عرفة: وفي شرط ثبوت لازمها وهو ضمان

سلعته، فإن اشتركا على المساواة والقيم مختلفة لم يجز. واختلف عن مالك في الشريكين يخرج أحدهما دنانير والآخر دراهم، منعه في المدونة وأجازه في كتاب محمد **(وكل بالقيمة يوم أحضر لا فات إن صحت)** أبو محمد: إن اشتركا بعوضين مختلفين على القيم وباع أحدهما عرضه بأكثر مما قومه به فإنما لكل واحد منهما قدر قيمة عرضه يوم قوم، وليس له ما بيع به إذا قوما في أصل الشركة. قال ابن القاسم في المدونة: إذا اتفق قيمة العرضين المختلفين وعرفا ذلك في العقد جازت شركتهما، وهو بيع لنصف عرض هذا بنصف عرض الآخر وإن لم يشهدا ويذكرا بيعاً. ولو شرطا التساوي فلما قوما تفاضلت القيم، فإن لم يعملا فلا شركة، وإن عملا وفاتت السلعتان فرأس مال كل منهما ثمن سلعته ومقدرة ربحه وضيعته لأن شركتهما وقعت فاسدة، وفي الصحيحة رأس مال كل منهما ما قومت به سلعته يوم اشتركا، ولا ينظر إلى ما بيعتا به كان أكثر مما قوما به أو أقل حين قوما صار كل واحد منهما قد باع نصف سلعته بنصف سلعة صاحبه، وصار ضمانهما منهما بخلاف الشركة الفاسدة. ومن الاستغناء: إن وقعت الشركة بالعروض بغير تقويم فسخت قبل العمل. ثم ذكر ما تقدم للخمي أن لهما في التقويم أن يتغابنا ويتفاضلا. ابن يونس عن بعض القرويين: تجوز الشركة على مذهب ابن القاسم بالطعام المختلف اختلافاً يسيراً كما تجوز الشركة بيزيدية ومحمدية مختلفة النفاق شيئاً يسيراً **(إن خلطا ولو حكماً)** ابن عرفة: الخلط الحكمي كون المال في حوز واحد ولو عند أحدهما. قال ابن القاسم: إن اشتركا بمالين سواء فأخرج كل واحد ذهبه فصرها على حدة وجعلا الصرتين بيد أحدهما أو في تابوته أو خرجه فضاعت واحدة فالذاهبة منهما **(وإلا فالتالف من ربه)** من

أَنْ يَدَّعِيَ الأَخْذَ لَهُ؟ تَرَدُّدٌ. وَلَوْ غَابَ نَقْدُ أَحَدِهِمَا إِنْ لَمْ يَبْعُدْ وَلَمْ يُتَّجِرْ لِحُضُورِهِ

المشترك منهما بالخلط الحكمي فضلاً عن الحسي أو بالحسي قولا ابن القاسم وغيره فيها، والحكمي كون المالين في حوز واحد ولو عند أحدهما. انتهى والله أعلم. ص: **(وهل إلا أن يعلم بالتلف فله وعليه أو مطلقاً إلا أن يدعي الأخذ له تردد)** ش: الأليق باصطلاحه أن يقول تأويلان ولم أقف عليهما على ما ذكر المصنف. فإن قال في المدونة وإن بقيت كل صرة بيد ربها حتى ابتاع بها أمة على الشركة وتلفت الصرة الأخرى والمالان متفقان، فالأمة بينهما والصرة من ربها. قال ابن يونس: قوله «فالأمة بينهما» يريد بعد أن يدفع لشريكه نصف ثمنها لأنه إنما اشتراها على الشركة. قال بعض أصحابنا: إن اشترى الأمة بعد التلف عالماً به فشريكه مخير أن يشركه فيها أو يدعها إلا أن يقول إنما اشتريتها لنفسي، فهي له، وإن لم يعلم بالتلف حتى اشترى فالأمة بينهما كما لو اشترى ثم تلفت صرة الأخير، وهذا على أصل ابن القاسم انتهى. قال أبو الحسن: ولابن رشد عكس هذا قال: إن اشترى بعد التلف وهو لا يعلم فهو بالخيار بين أن يلزمه ما اشتراه أو ينفرد به لأنه يقول: لو علمت تلفه لم أشتر إلا لنفسي، وما اشترى بعد أن علم بتلف ما أخرجه صاحبه فهو له خاصة اهـ. فالتأويل الأول في كلام المصنف الذي أشار إليه بقوله: «وهل إلا أن يعلم بالتلف فله وعليه». والذي يناسب ما ذكره

المدونة: وإن بقيت صرة كل واحد بيده فضياعها منه حتى يخلطا أو يجعلا الصرتين عند أحدهما **(وما ابتيع بغيره فبينهما وعلى المسلف نصف الثمن)** من المدونة: إن بقيت كل صرة بيد ربها حتى ابتاع بإحداهما أمة على الشركة وتلفت الصرة الأخرى والمالان متفقان فمصيبة الصرة من ربها، وأما الأمة فهي بينهما يريد بعد أن يدفع لشريكه نصف ثمنها. ابن يونس: لأنه إنما اشتراها على الشركة **(وهل إلا أن يعلم بالتلف فله وعليه أو مطلقاً إلا أن يدعي الأخذ له تردد)** عبد الحق: إن اشترى بصرته بعد التلف، فإن كان علم به فشريكه مخير بين أن يشركه فيها أو يدعها له إلا أن يقول: إنما اشتريتها لنفسي فهي له، وإن لم يعلم بالتلف حتى اشترى فالأمة بينهما كما لو اشترى ثم تلفت الصرة الأخرى. ابن يونس: وهذا على أصل ابن القاسم اهـ. وقال ابن رشد: إن اشترى بعد أن علم فتلف ما أخرجه صاحبه فهو له خاصة، وإن كان اشترى قبل أن علم فإن شاء انفرد به لأنه يقول: لو علمت أن المال تلف لم أشتر إلا لنفسي، وإن شاء ألزم صاحبه ذلك **(ولو غاب أحدهما)** اللخمي: أجاز مالك وابن القاسم الشركة بمالين أحدهما حاضر والآخر غائب، وهذا أحسن لو كانت مبايعة كما يقوله سحنون لم يجز أن يخرج هذا ذهباً وفضة وهذا ذهباً وفضة **(إن لم يبعد ولم يتجر لحضوره)** ابن يونس: قال بعض شيوخنا: إنما تجوز الشركة بالمال الغائب على مذهب ابن القاسم إذا كانا لا يتجران إلا بعد قبض المال الغائب، فأما إن كانا يتجران إلى أن يقبضا المال الغائب فلا يجوز، وإنما يجوز أيضاً إذا لم تكن الغيبة بعيدة جداً. قال في كتاب ابن المواز: وإن أخرج هذا مائتين وهذا مائة على أن الربح والعمل بينهما بقدر المالين فاشتريا سلعة بأربعمائة ونقدا الثلاثمائة، فالربح بينهما على الثلث والثلثين، ولو شرطا بينهما الربح سوية فسدت

لاَ بِذَهَبٍ وَبِوَرِقٍ، وَبِطَعَامَيْنِ، وَلَوِ اتَّفَقَا، ثُمَّ إِنْ أَطْلَقَا التَّصَرُّفَ وَإِنْ بِنَوْعٍ، فَمُفَاوَضَة. وَلاَ يُفْسِدُهَا:

أبو الحسن عن ابن رشد. والمعنى أن ما ذكره من أن من اشترى بالسالم يكون بينهما محله ما إذا لم يعلم بالتالف، وأما إذا علم بالتالف فهي له خاصة إلا أن كلام المصنف يقتضي أنه إذا لم يعلم بالتلف فالسلعة بينهما ولا خيار لأحدهما، وكلام ابن رشد يقتضي أن المشتري مخير. فإن قيل: قول المصنف بعد هذا إلا أن يدعي الأخذ فهم منه أنه بالخيار. قلت: ليس كذلك لأنه إذا أقر أنه اشترى للشركة ولم يدع الأخذ لنفسه، فكلام ابن رشد يقتضي أن له الخيار، وكلام المصنف يقتضي أنه لا خيار له وأنه بينهما فتأمله، والتأويل الثاني في كلام المصنف الذي أشار إليه بقوله: «أو مطلقاً» هو الذي يناسب ما ذكره ابن يونس إلا أن كلام المصنف يقتضي أنه بينهما ولا خيار لأحدهما، سواء اشترى بعد العلم بالتلف أو قبله. وما ذكره ابن يونس يقتضي أنه إذا اشترى بعد علمه بالتلف يخير الشريك الذي تلفت صرته في أنه يشاركه أو يدعها له فتأمله والله أعلم. ص: **(ولا يفسدها انفراد أحدهما بشيء)** ش: قال البساطي:

الشركة ورجع القليل المال على الآخر بفضل عمله. قال ابن القاسم: وإنما اشترك ثلاثة لأحدهم عشرة وللآخر خمسة والثالث لا مال له على أن الربح بينهم أثلاثاً فربحوا أو خسروا، فهذا فاسد والربح والوضيعة على صاحبي المال على الثلث والثلثين، وللذي لا مال له أجر عمله على المالين، وللقليل المال أجره فيما عمل في الخمسة الفاضلة. انظر تفسير هذا في ابن يونس **(لا بذهب وبورق)** تقدم نص المدوّنة بهذا وابن سحنون أجاز ذلك وقال: إنما لا يجوز صرف وشركة إذا كان الصرف خارجاً من الشركة. وكذا قال أيضاً في البيع. وقد تقدّم قول ابن رشد أن ابن القاسم اضطرب قوله إذا كان داخلاً في الشركة، وأما إذا كان خارجاً عنها فلا يجوز. قال ابن رشد: ووجهه أن الشركة من العقود الجائزة بخلاف البيع، فالبائع إنما رضي ببيع سلعة منه بالذي سمى لما رجى من الانتفاع بشركته وهو لا يلزمه أن يبقى شريكاً معه فوقع في هذا غرر في البيع. وانظر اجتماع شركة وإجارة. قال ابن يونس: لو دفع إليه نصف هذا الغزل على أن ينسج نصفه الآخر ثوباً (وانعقد ذلك، ثم تشاركا فيه فنسجه كله مشاعاً فذلك جائز ما لم يكن مع ذلك زيادة دراهم أو شيء فتصير شركة وإجارة، ولا يجوز مع الشركة بيع أو شرط زيادة أو منفعة انتهى. وكان سيدي ابن سراج رحمه الله يجيز للنساء الشركة في عمل فشاتيل تجعل كل واحدة من الغزل قدر ما تريد من الفشاتيل ويخلطن الغزل بشرط أن لا تدخل معهم النساجة. وقال ابن عرفة في الشركة بغزلين على نسجهما نظر انظره فيه **(وبطعامين ولو اتفقا)** من المدونة قال ابن القاسم: لا تجوز الشركة عند مالك بشيء من الطعام والشراب، كان مما يوزن أو يكال أم لا، من صنف واحد أو من صنفين. وأجاز ابن القاسم الشركة في الطعام المتفق في الصفة والجودة من نوع واحد على الكيل قال: ولا أعلم لكراهية مالك فيه وجهاً. قال ابن القاسم: وتجوز الشركة عند مالك بطعام ودراهم وبعين وعرض على ما ذكرنا من القيم وبقدر ذلك يكون العمل والربح **(ثم إن أطلقا التصرف وإن بنوع فمفاوضة ولا يفسدها انفراد أحدهما بشيء)** ابن رشد: شركة الأموال ثلاثة: مفاوضة ومضاربة وعنان. فشركة المفاوضة أن يجيز فعل كل واحد منهما

انْفِرَادُ أَحَدِهِمَا بِشَيْءٍ، وَلَهُ أَنْ يَتَبَرَّعَ إِنْ اسْتَأْنَفَ

يحتمل أن يريد أن شركة المفاوضة لا يفسدها أن يعين كل صنفاً للآخر يعمل فيه ويشتركان في غيرهما في العمل، ويحتمل أن يريد أن عمل كل في مال لنفسه لا يفسدها إذا استويا في عمل الشركة، والثاني هو المنصوص ولا يبعد الأول إذا كان المنفردان قريبين. فإن قلت: ظاهر قوله: «أحدهما» غير الصورتين المذكورتين. قلت: يجب حمله على أن كلاً انفرد ليوافق النقل انتهى. فظاهره أنه لا بد من انفراد كل واحد بشيء وأن النقل كذلك وهو خلاف ظاهر المدونة أو نصها قال فيها: ويكونان متفاوضين ولأحدهما عين أو عرض دون صاحبه، ولا يفسد ذلك المعاوضة بينهما انتهى. وقال في التوضيح: ولا يفسدها عندنا وجود مال لأحدهما على حدته خلافاً لأبي حنيفة انتهى. فتأمله والله أعلم. ص: **(وله أن يتبرع إن استألف) ش: قال** في المدونة: وإن أخر أحدهما غريماً بدين أو وضع له منه نظراً أو استئلافاً في التجارة ليشتري منه في المستقبل جاز ذلك، وكذلك الوكيل على البيع إذا كان مفوضاً إليه وما صنعه مفوضاً إليه من شريك أو وكيل لم يلزم، ولكن يلزم الشريك في حصته ويرده صنيع الوكيل إلا أن يهلك ما صنع الوكيل من ذلك فيضمنه انتهى. وقال اللخمي: تأخير أحد الشريكين على وجه المعروف لا يجوز، ولشريكه أن يرد التأخير في نصيبه من ذلك الدين. وأما نصيب صاحبه فإن كان لا ضرر عليهما في قسمة الدين حينئذ مضى التأخير في نصيب من أخر، وإن كان عليهما في ذلك ضرر وقال من أخر لم أظن أن ذلك يفسد عليَّ شيئاً من الشركة رد جميع ذلك، وإن لم يعلم بتأخيره حتى حل الأجل لم يكن على من أخر في ذلك مقال، فإن أعسر الغريم بعد التأخير ضمن الشريك لشريكه نصيبه منه، وإن كان تأخيره إرادة الاستئلاف جاز ذلك على شريكه ولا ضمان على من أخر إذا أعسر الغريم بعد ذلك إلا أن يكون الغريم ممن يخشى عدمه والعجز عن الأداء فيرد التأخير ويعجل جميع الحق، وإن لم يرده حتى أعسر ضمن الشريك إذا كان عالماً بذلك. انتهى ونقله أبو الحسن عن المدونة كأنه المذهب. ثم قال اللخمي عقب الكلام المتقدم: قيل لا يجوز التأخير إرادة الاستئلاف لأنه من باب سلف بزيادة، والقول الأول أحسن وليس هذا داخلاً في معنى الحديث في النهي، ولأن هذا إنما يرجو به حسن المعاملة من سائر الناس وقد يعامله هذا الغريم أو لا يعامله انتهى. ونقله أبو الحسن نحوه

على صاحبه، وسميت مفاوضة لاستوائهما في الربح والضمان وشروعهما في الأخذ والإعطاء من قولهم تفاوض الرجلان في الحديث إذا شرعا فيه، وهي جائزة على ما يتفاوضان عليه من الأجزاء. ولا تفسد المفاوضة بينهما وإن كان لأحدهما مال على حدة لم يدخله في المفاوضة. قال ابن القاسم: والمفاوضة على وجهين: إما في جميع الأشياء وإما في نوع من التجارة يتفاوضان فيه كشراء الرقيق أو غيره يتفاوضان فيه **(وله أن يتبرع إن استألف به أو خف كإعارة آلة)** من المدونة قال ابن القاسم: ليس لأحد المتفاوضين أن يعير من مال الشركة إلا أن يوسع له صاحبه في ذلك، أو يكون شيئاً خفيفاً

بِهِ أَوْ خَفَّ، كَإِعَارَةِ آلَةٍ، وَدَفْعِ كِسْرَةٍ، وَيُبْضِعَ، وَيُقَارِضَ

عن ابن يونس، وهذا الكلام يشهد لابن عبد السلام فيما قاله في المأذون له في التجارة إذا أخره استئلافاً ونصه: ومنع سحنون من التأخير بالثمن لأنه إن كان عن غير فائدة فظاهر، وإن كان لمنفعة الاستئلاف فهو سلف جر منفعة، وأجيب باختيار القسم الثاني ولا يلزم عليه ما ذكر لأنها منفعة غير محققة الحصول. وأيضاً فإنه منقوض بالحر فإنه يجوز له التأخير بالأثمان طلباً لتحصيل محمدة الثناء انتهى. قال ابن عرفة: رد ابن عبد السلام على سحنون يرد بأنه إن أراد بنفي تحقق المنفعة نفي ظنها منع، وإن أراد نفي علمها لم يضر لأن الظن كافٍ، وقوله بجوازه في الحر طلباً للثناء ممنوع انتهى. فقوله: إن الظن كافٍ في المنع يرده كلام اللخمي ونحوه لابن يونس عن بعض القرويين، وقوله: إنه في الحر ممنوع لطلب الثناء يرده أيضاً قول اللخمي: «يرجو به حسن المعاملة من سائر الناس» فتأمله والله أعلم. ثم قال اللخمي: وإن وضع أحد الشريكين كان الجواب على ما تقدم في التأخير، فلا يجوز على وجه المعروف، ثم ينظر هل يمضي نصيب الذي وضع من ذلك، أو يجوز إن أراد الاستئلاف إلا أن يكثر فيها حط فيرد الزائد على ما يراد به الاستئلاف؟ انتهى. فعلم من كلام اللخمي أن مقدار التبرع لأجل الاستئلاف يرجع فيه للعادة والله أعلم. ص: **(أو خف كإعارة آلة أو دفع كسرة)** ش: قال في المدونة: وليس لأحد المتفاوضين أن يعير من مال الشركة إلا أن يوسع له في ذلك شريكه أو يكون شيئاً خفيفاً كعارية غلام ليسقي دابة ونحوه، فأرجو أن لا يكون بذلك بأس، والعارية من المعروف الذي لا يجوز لأحدهما أن يفعله في مال الشركة إلا بإذن صاحبه إلا أن يكون أراد به استئلاف التجارة. وإن وهب أحدهما أو أعان على المعروف ضمن حصة شريكه إلا أن يفعل ذلك للاستئلاف فلا يضمن انتهى. ص: **(ويبضع ويقارض)** ش: قال في المدونة: ولأحد المتفاوضين أن يبضع ويقارض دون إذن الآخر انتهى. قال اللخمي: هذا إذا كان المال واسعاً يحتاج فيه إلى مثل ذلك، فإن لم يكن فيه فضل عنهما لم يخرجه عن نظره إلا برضا شريكه أو يكون ذلك في شيء بار عليهما وبلغه عن بلد نفاق ولا يجد إلى السفر به سبيلاً، أو يبلغه عن سلع نفاق ببلد فيبعث ما يشبه أن يبعث به من مثل ما بأيديهما، ومثل هذا يعرف عند النزول انتهى. ونقله أبو الحسن وظاهره أنه وفاق للمدونة.

كعارية غلام لسقي دابة ونحوه، فأرجو أن لا يكون به بأس. والعارية من المعروف الذي لا يجوز لأحد أن يفعله في مال الشركة إلا بإذن صاحبه إلا أن يكون أراد به استئلاف التجارة فلا يضمن. وإن باع أحدهما جارية ثم وهب ثمنها لم يجز ذلك إلا في حصته، ولا يلزم أحدهما كفالة الأخرى لأنها معروف. وما جنى أحدهما أو غصب أو استهلك أو تصدق أو آجر فيه نفسه فلا يلزم شريكه منه شيء **(ودفع كسرة)** من المدوّنة قال مالك: لا بأس على عامل القراض في إعطائه السائل الكسرة **(ويبضع ويقارض ويودع لعذر إلا ضمن ويشارك في معين)** من المدونة: لأحد المتفاوضين أن يبضع

وَيُوْدِعَ لِعُذْرٍ، وَإِلاَّ ضَمِنَ، وَيُشَارِكَ فِي مُعَيَّنٍ، وَيُقِيلَ، وَيُوَلِّي، وَيَقْبَلَ الْمَعِيبَ وَإِنْ أَبَى الآخَرُ؛

تفريع: قال في المدونة: وإن أبضع أحدهما مع رجل دنانير من الشركة ثم علم الرجل بموت الذي أبضعها معه أو بموت شريكه، فإن علم أنها من الشركة فلا يشتري بها شيئاً وليردها على الباقي، وإن بلغه افتراقهما فله أن يشتري لأن ذلك لهما بعد وفي الموت يقع بعضه للورثة وهم لم يأمروه انتهى. قال أبو الحسن: ولا يشتري بنصيب الباقي لأن نصيبه مشاع في جميع المال وليس للمبضع معه أن يقسم ذلك انتهى. قال اللخمي: وإن علم في الموت أن المال من غير المفاوضة لم يكن له أن يشتري إن مات المبضع، وإن مات من لم يبضع كان له أن يشتري، وإن لم يعلم ذلك المال من المفاوضة أو مما يخصه لم يشتر لأن أمره موقوف على الكشف بعد الوصول فقد يكون من مال المفاوضة انتهى. ونقل أبو الحسن هذا الأخير عن ابن يونس واللخمي والله أعلم.

فرع: يجوز لأحد الشريكين أن يستأجر من ينوب عنه. قال اللخمي في باب الشركة فصل: قال مالك في رجل أخرج مائتي دينار يشارك بها رجلاً له مائة دينار، وكان صاحب المائتين ضم غلامين له يعملان عنه فدخل عليهما نقصان، أن النقص على قدر المالين ولا يكون للشريك في ذلك أجرة لأنهم اعتدلوا في الأبدان. قد أقام صاحب المائتين رجلين مقامه قال: وقال قبل ذلك له أجرة مثله، والأول أحسن إذا كان الغلامان يحسنان الإجارة، وإن كانا يخدمان كان للعامل إجارة مثله في المائتين وعلى إجارة الغلامين فيما ينوبه من خدمتهما انتهى. ونقله في الذخيرة. فظاهر كلامه جواز ذلك وأنه يجوز ابتداء وهو ظاهر كلام العتبية أيضاً ونصها في رسم البيع والصرف من سماع أصبغ بن الفرج من كتاب الشركة: قيل لأشهب: إن استأجر رجلان أجيرين فاشتركا فيما يكسبان وكل واحد منهما مستأجر لأجيره على حدة؟ قال: لا بأس بذلك إذا كان الأجيران يعملان جميعاً عملاً واحداً. قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، لأن يد كل واحد منهما كيد مستأجر، فإذا تعاون أجراؤهما في العمل كان كتعاونهما أنفسهما فيه فتأمله والله أعلم. انتهى بلفظه. وإذا جاز له ذلك، فهل يجوز له أن يدفع الأجرة لشريكه على أن يتولى العمل جميعه؟ فتأمله والله أعلم. ص: **(ويودع لعذر وإلا ضمن)** ش: قال اللخمي: ولا يجوز لأحد الشريكين أن يودع شيئاً من مال الشركة إلا لعذر، وكذلك أحد المتفاوضين، وله أن يقبل الوديعة اختياراً من غير عذر، فإن مات المودع ولم توجد

ويقارض دون إذن شريكه، ولا يجوز لأحدهما أن يقارض شريكاً إلا بإذن شريكه. وأما إن شاركه في سلعة بعينها غير شركة مفاوضة فجائز، وأما إيداعه فإن كان لوجه عذر لنزوله ببلد فيرى أن يودع إذ منزله الفنادق وما لا أمن فيه فذلك له، وأما ما أودع لغير عذر فإنه يضمنه **(ويقيل ويولي ويقبل المعيب وإن أبى الآخر)** من المدونة: إن اشترى أحدهما عبداً فوجد به عيباً فرضيه هو أو شريكه لزم ذلك الآخر، فإن رده مبتاعه ورضيه شريكه لزمه رضاه، وإقالة أحدهما فيما باعه هو أو شريكه وتوليته لازمة

وَيُقِرُّ بِدَيْنٍ لِمَنْ لاَ يُتَّهَمُ عَلَيْهِ؛ وَيَبِيعَ بِالدَّيْنِ، لاَ الشِّرَاءُ بِهِ، كَكِتَابَةٍ. وَعِتْقٍ عَلَى مَالٍ، وَإِذْنٌ لِعَبْدٍ فِي تِجَارَةٍ أَوْ مُفَاوَضَةٍ. وَاسْتَبَدَّ آخِذُ قِرَاضٍ، وَمُسْتَعِيرُ دَابَّةٍ بِلاَ إِذْنٍ، وَإِنْ لِلشَّرِكَةِ، وَمُتَّجِرٌ

الوديعة كانت في ذمته كان شريكاً أو مفاوضاً انتهى. وقال في المدونة: وأما إيداعه فإن كان لوجه عذر لنزوله بلداً يرى أن يودع إذ منزله الفنادق فذلك له، وأما إن أودعه لغير عذر ضمنه انتهى. قال أبو الحسن: قوله: «فذلك له» أي عليه وإنما قال ذلك له ليرفع إيهام من يتوهم أنه لا يجوز له، انتهى والله أعلم. ص: **(ومستعير دابة بلا إذن وإن للشركة)** ش: يشير إلى قوله في المدونة: وإذا استعار أحدهما ما حمل عليه لنفسه أو لمال الشركة فتلف فضمانه على المستعير ولا شيء على شريكه، لأن شريكه يقول: كنت استأجرت لأن لا أضمن. وقال غيره: لا يضمن الدابة في العارية إلا بالتعدي. قال أبو الحسن: ظاهر هذا أن ابن القاسم تكلم في الدابة، وهذا خلاف أصله فيما لا يغاب عليه أنه لا يضمن في العارية إلا بالتعدي، فذهب حمديس إلى أن معنى قول ابن القاسم فيما يغاب عليه أبو الحسن: فيكون قوله: «ما حمل عليه» يحتمل أن يكون إلا كاف. وقال أبو محمد: يريد بعد أن يتبين كونه في الحيوان فقول الغير تفسير.

كبيعه ما لم تكن فيه محاباة فيكون كالمعروف لا يلزم إلا ما جر به إلى التجارة نفعاً وإلا لزمه قدر حصته منه وإقالة الخوف عدم الغريم ونحوه من النظر وكشراء حادث **(ويقر بدين لمن لا يتهم عليه)** من المدونة: وإن أقر أحدهما بدين من شركتهما لأبويه أو لولده أو لجدّته أو زوجته أو صديق ملاطف ومن يتهم عليه لم يجز ذلك على شريكه، ويجوز إقراره بذلك لأجنبي ممن لا يتهم عليه ويلزم شريكه **(ويبيع بالدين)** ابن عرفة: مقتضى قولها: إن باع أحدهما لأجل ثم أخر الغريم بعد حلوله جاز استئلافاً، وما باعه لأجل لا يجوز لشريكه شراؤه نقداً بأقل جواز بيع أحدهما بالدين دون إذن شريكه، وعزاه اللخمي للمدونة **(لا الشراء به)** قال ابن سلمون: لأحد المتفاوضين أن يشتري بالدين. ومن المدونة: لا تجوز الشركة بالذم بغير مال على أن يضمنا ما ابتاع كل واحد منهما تفاوضاً في جميع التجارات أو في بعضها، وكذلك إن اشتركا بمال قليل على أن يتداينا لأن أحدهما يقول لصاحبه: تحمل عني بنصف ما اشتريت على أن أتحمل عنك بنصف ما اشتريت إلا أن يجتمعا في اشتراء سلعة معينة حاضرة أو غائبة فيبتاعها بدين فيجوز ذلك إذا كانا حاضرين لأن العهدة وقعت عليهما، وإن ضمن أحدهما عن صاحبه جاز ذلك. ابن يونس: إنما يجوز ذلك إن كانت انصباؤهما متفقة. قال ابن القاسم: أكره أن يخرجا مالاً على أن يتجرا به وبالدين مفاوضة، فإن فعلا فما اشترى كل واحد بينهما وإن جاوز رؤوس أموالهما. أصبغ: وإذا وقعت الشركة بالذم كان ما اشتريا بينهما وتفسخ الشركة بينهما من الآن **(ككتابة وعتق على مال وإذن لعبد في تجارة)** فيها وعبد المتفاوضين ليس لأحدهما أن يأذن له في التجارة ولا يكاتبه ولا يعتقه على مال يتعجله منه بغير إذن شريكه إلا أن يأخذ مالاً من أمين على عتقه مثل قيمته فأكثر فيجوز وهو كبيعه **(ومفاوضة)** تقدم نص المدونة: لا يجوز لأحدهما أن يفاوض شريكاً **(واستبد آخذ قراض ومستعير دابة بلا إذن وإن للشركة ومتجر**

بِوَدِيعَةٍ بِالرِّبْحِ وَالْخُسْرِ، إِلاَّ أَنْ يَعْلَمَ شَرِيكُهُ بِتَعَدِّيهِ فِي الْوَدِيعَةِ، وَكُلٌّ وَكِيلٌ، فَيُرَدُّ عَلَى حَاضِرٍ لَمْ يَتَوَلَّ؛ كَالْغَائِبِ إِنْ بَعُدَتْ غَيْبَتُهُ، وَإِلاَّ انْتُظِرَ، وَالرِّبْحُ وَالْخُسْرُ بِقَدْرِ الْمَالَيْنِ؛ وَتَفْسُدُ بِشَرْطِ التَّفَاوُتِ؛ وَلِكُلٍّ أَجْرُ

وذكر عن القابسي أنه إنما يضمن إذا قضى به قاضٍ يرى ذلك وهو رأي أهل الكوفة، وكان القاضي بمصر يومئذ ممن يرى ذلك انتهى. فحاصله أن معنى استبداده بالخسر هنا أن الضمان عليه، والضمان إنما يكون بالتعدي أو بأن يظهر كذبه أو يحكم به حاكم يرى ذلك، وأما استبداده بالربح هنا فلم أر من صرح به، وانظر هل معناه أنه يطالب شريكه بما ينوبه من كرائها ولم أقف على شيء في ذلك فتأمله.

فرع: قال فيها: وإن استعارها أحدهما لحمل طعام من الشركة فحمله شريكه الآخر عليها بغير أمر شريكه لم يضمن إن فعل بها ما استعيرت له وشريكه كوكيله والله أعلم.
ص: **(إلا أن يعلم شريكه بتعديه في الوديعة)** ش: اقتصر المصنف على العلم. والذي في المدونة: فإن علم شريكه بالعداء ورضي بالتجارة بها بينهما فالربح بينهما والضمان عليهما، ولا شك أن الرضا أخص من العلم فتأمله. ص: **(وكل وكيل)** ش: أي كل واحد من الشريكين وكيل عن الآخر فلذلك لا شفعة لأحدهما فيما باعه الآخر. قاله في كتاب الشفعة من المدونة. وإن ادعى أحدهما بما قيمته ربع دينار فليس له تغليظ اليمين لأن الذي يجب لكل نصف ذلك، وإن ادعى عليهما بربع دينار فتغلظ اليمين لأن كل واحد عليه نصف الحق وهو كفيل بنصف الذي على صاحبه. قال في كتاب الدعاوى من الذخيرة والله

بوديعة بالمودع بالربح والخسر إلا أن يعلم شريكه بتعديه في الوديعة) ابن حبيب: إذا أخذ أحد الشريكين قراضاً لنفسه أو أجر نفسه في عمل أو في حراسة أو وكالة، أو تسلف مالاً فاشترى به سلعة فربح فيها، أو اشترى لنفسه شيئاً بدين فربح فيه، فإن لم يكونا متفاوضين فمجتمع عليه أن له ذلك دون شريكه، وإن كانا متفاوضين فابن القاسم يرى ذلك له أيضاً دون شريكه ولا يجعل عليه في ذلك إجارة لشريكه. قال ابن القاسم: وإن استعار أحدهما بغير إذن الآخر ما حمل عليه لنفسه أو لمال الشركة فهلك فضمانه من المستعير خاصة لأن شريكه يقول له: كنت تستأجر لئلا أضمن. قال أبو محمد: يريد بالضمان إن تبين كونه في الحيوان. وقال القابسي: يضمن المستعير وحده الدابة إن قضى بذلك قاضٍ ممن يرى ذلك، وكان القاضي بمصر يومئذ ممن يرى ذلك. ومن المدونة: وإن أودع رجل لأحدهما وديعة فعمل بالوديعة تعدياً فربح، فإن علم شريكه بالعداء ورضي بالتجارة بها بينهما فلهما الربح والضمان عليهما، وإن لم يعلم فالربح للمتعدي وعليه الضمان خاصة **(وكل وكيل فيرد على حاضر لم يتول كالغائب إن بعدت غيبته وإلا انتظر)** تقدم النص بهذا في الخيار عند قوله: «وعلى أحد البائعين» **(والربح والخسر بقدر المالين وتفسد بشرط التفاوت ولكل أجر**

عَمَلِهِ لِلآخَرِ. وَلَهُ التَّبَرُّعُ؛ وَالسَّلَفُ، وَالْهِبَةُ بَعْدَ الْعَقْدِ، وَالْقَوْلُ لِمُدَّعِي التَّلَفَ وَالْخُسْرِ، وَلآخِذٍ لائِقٍ لَهُ، وَلِمُدَّعِي النِّصْفِ، وَحُمِلَ عَلَيْهِ فِي تَنَازُعِهِمَا؛ وَلِلاشْتِرَاكِ فِيمَا بِيَدِ أَحَدِهِمَا. إِلاَّ لِبَيِّنَةٍ عَلَى:

أعلم. وسيأتي في الشفعة في قول المؤلف: «وشفع لنفسه أو ليتيم آخر» شيء من ذلك والله أعلم. ص: (**وله التبرع والسلف والهبة بعد العقد**) ش: ظاهر كلام ابن عرفة وابن غازي أنه لا يجوز بعد العقد، وقد صرح بجواز ذلك بعد العقد في كتاب الشركة من المدونة قال بعد أن ذكر أنهما إذا عقداها على شرط التفاوت تفسد ما نصه: ولو صح عقد المتفاوضين في المال ثم تطوع الذي له الأقل فعمل في الجميع جاز ولا أجر له انتهى. وتقدم كلامه هذا

(عمله للآخر) تقدم هذا عند قوله: «إن لم يبعد ولم يتجر لحضوره» **(وله التبرع والسلف والهبة بعد العقد)** من المدونة: لو صح عقد المتفاوضين في المال ثم تطوع الذي له الأقل بعمل في الجميع جاز ولا أجر له. ومن كتاب ابن المواز قال مالك: إن شاركه وأسلفه نصف المال، فإن كان طلب رفقه وصلته إليه لا لحاجته إليه ولا لقوة تبصره فذلك جائز، ثم روى عنه ابن القاسم أنه رجع فكرهه، وبالأول أخذ ابن القاسم. انظر المسألة من سماع ابن القاسم فمقتضاه أن مالكاً مرة صدقه ومرة اتهمه، وأما فيما بينه وبين الله فذلك جائز إذا قصد الرفق به. ابن الحاجب: ولو تبرع أحدهما بعد العقد فجائز من غير شرط، وكذا لو أسلفه أو وهبه. ابن عبد السلام: يعني أن اختلاف نسبة الربح والعمل مع رأس المال إنما يفسد الشركة إن كان شرطاً في عقدها، ولو تبرع به أحدهما بعده جاز، انظر ابن عرفة فإنه تعقب هذا، وانظر أول ترجمة من الشركة من الاستغناء فإنه يرشح قول ابن الحاجب **(والقول لمدعي التلف)** من المدوّنة: إن ادعى أحد الشريكين أنه ابتاع سلعة وضاعت منه صدق لأنه أمين. ابن عرفة: ما لم تقم عليه تهمة كدعواه التلف وهو في رفقة لا يخفى ذلك فيها **(والخسر والآخذ لائق له)** ابن الحاجب: القول قول من يدعي التلف والخسران وما يشتريه لنفسه. وقال أبو عمر: ما اشتراه أحدهما من طعام لمنزله وكسوة فهو له خاصة، وإن طلب صاحبه نصفه لم يحكم له به وحسبه أن يأخذ من المال مثل ما أخذ صاحبه **(ولمدعي النصف)** انظر ما معنى هذا **(وحمل عليه في تنازعهما)** هذه عبارة ابن الحاجب قال: إذا تنازعا في قدر المالين حمل على النصف. والذي لابن يونس قال ابن القاسم في شريكين أرادا المفاصلةفقال أحدهما: لك الثلث ولي الثلثان وقال الآخر: المال بيننا نصفين وليس المال بيد أحدهما دون صاحبه قال: لمدعي الثلثين النصف، ولمدعي النصف الثلث، ويقسم السدس بينهما نصفين، وعلى هذا ثبت ابن القاسم. وقال أشهب: المال بينهما نصفين بعد أيمانهما.

ابن عرفة: فقول ابن الحاجب حمل على النصف خلاف قول ابن القاسم وخلاف قول أشهب لإسقاط اليمين انتهى. وعلى هذه فعبارة الشارح حسنة جداً إذ قال: لو ادعى الثلثين والآخر النصف لكل ما سلم له وقسم السدس بينهما. وقيل: يحلفان وينصف **(وللاشتراك فيما بيد أحدهما إلا لبينة على كإرثه)** من المدونة: من أقام بينة أن فلاناً مفاوضه كان جميع ما بأيديهما بينهما إلا ما قامت فيه

كَإِرْثِهِ، وَإِنْ قَالَتْ لاَ نَعْلَمُ تَقَدُّمَهُ لَهَا إِنْ شُهِدَ بِالْمُفَاوَضَةِ، وَلَوْ لَمْ يُشْهَدْ بِالإِقْرَارِ بِهَا عَلَى الأَصَحِّ. وَلِمُقِيمِ بَيِّنَةٍ بِأَخْذِ مِائَةٍ أَنَّهَا بَاقِيَةٌ، إِنْ أُشْهِدَ بِهَا عِنْدَ الأَخْذِ، أَوْ قَصُرَتِ الْمُدَّةُ: كَدَفْعِ صَدَاقٍ عَنْهُ فِي أَنَّهُ مِنَ الْمُفَاوَضَةِ إِلاَّ أَنْ يَطُولَ كَسَنَةٍ، وَإِلاَّ بِبَيِّنَة عَلى: كَإِرْثِهِ، وَإِنْ قَالَتْ: لاَ نَعْلَمُ، وَإِنْ أَقَرَّ وَاحِدٌ بَعْدَ تَفَرُّقٍ أَوْ مَوْتٍ: فَهُوَ شَاهِدٌ فِي غَيْرِ نَصِيبِهِ،

عند قول المؤلف: «ولزمت بما يدل عرفاً» ص: **(ولمقيم بينة بأخذ مائة أنها باقية إن شهد بها عند الأخذ أو قصرت المدة)** ش:يعني أن القول لمن أقام من الشريكين بينة بأن صاحبه

بينة أنه لأحدهما بإرث أو هبة أو صدقة عليه، أو كان له قبل التفاوض وأنه لم يفاوض عليه فيكون له خاصة والمفاوضة فيما سواه قائمة. وقال ابن الحاجب: إذا تنازعا في شيء بيد أحدهما فهو للشركة. ومن ابن عرفة: إن قال أحدهما في مال بيده ليس من الشركة هو لي من ميراث أو جائزة صدق مع يمينه، ولو قال في متاع بيده أن متاع التجر هو لي ولم يزل بيدي قبل الشركة كان بينهما **(وإن قالت لا نعلم تقدمه لها)** المتيطي: قال ابن أبي زمنين: إن قال الشهود وهب له هذا المال قبل المفاوضة ولا نعلم أفاوض عليه أم لا فهو بينهما، وإن قالوا وهب له ولا ندري قبل المفاوضة أم بعدها فهو له خاصة حتى يثبت أنه بينهما **(إن شهد بالمفاوضة ولو لم يشهد فالإقرار بها على الأصح والمقيم بينة بأخذ مائة أنها باقية إن أشهد بها عند الأخذ أو قصرت المدة)** من المدونة: إن مات أحد الشريكين فأقام صاحبه بينة أن مائة دينار كانت عند الميت فلم توجد ولا علم مسقطها، فإن كان موته قريباً من أخذها فيما يظن أن مثله لم يشغلها في تجارة فهي في حصته، وما تطاول وقته لم يلزمه. أرأيت لو قامت البينة أنه قبضها منذ سنة وهما يتجران، أتلزمه؟ أي أنه لا شيء عليه. قال ابن المواز: أما إن أشهد شاهدين على نفسه بأخذ المائة لم يبرأ منها إلا بشاهدين أنه ردها طال ذلك أو قصر **(كدفع صداق عنه في أنه من المفاوضة إلا أن يطول)** سأل شجرة سحنون عن رجل دفع عن أخيه وهو مفاوضه صداق امرأته ولم يذكر من ماله ولا من مال أخيه ثم مات الدافع، فقال الورثة: هذا من مال ولينا فأجابه: إن كانا متفاوضين وأقاما سنين كثيرة في تفاوضهما لا يطلب أخاه بشيء من ذلك فهذا ضعيف، وإن كان بحضرة ذلك فذلك بينهما شطران ويحاسبه إلا أن يكون للباقي حجة **(كسنة)** تقدم قول سحنون: «وأقاما سنين كثيرة»، وتقدم نص المدونة: إن قالت البينة أنه قبضها منذ سنة أنه لا شيء عليه. انظر آخر ترجمة جامع القول في المتفاوضين من ابن يونس **(إلا لبينة فكإرثه وإن قالت لا نعلم)** تقدمت له هذه العبارة وتقرر ما يشبهها من المدونة والمتيطي فانظر أنت ما معناه **(وإن أقر واحد بعد تفرق أو موت فهو كشاهد في غير نصيبه)** من المدونة: إن مات أحد المتفاوضين فأقر الحي منهما أنهما رهنا متاعاً من الشركة عند فلان، وقال ورثة الهالك: بل أودعته أنت إياه بعد موت ولينا، فللمرتهن أن يحلف مع شاهده الحي ويستحق الجميع رهناً، وإن أبى فله حصة المقرر هنا لأن مالكاً قال في أحد الورثة يقر بدين على الميت: إن صاحب الدين يحلف معه ويستحق جميع حقه من مال الميت، فإن نكل أخذ من المقر ما ينوبه من الدين ولا يأخذ من حصته دينه كله، وقال سحنون: القول

وَأُلْغِيَتْ نَفَقَتُهُمَا وَكِسْوَتُهُمَا، وَإِنْ بِبَلَدَيْنِ مُخْتَلِفَي السِّعْر: كَعِيَالِهِمَا، إِنْ تَقَارَبَا، وَإِلاَّ حَسَبَا كَانْفِرَادِ أَحَدِهِمَا بِهِ،

أخذ مائة أن المائة باقية إن شهد بها عند أخذه لها، سواء طالت المدة أو قصرت، وكذا إن لم يشهد بها عند الأخذ إن قصرت المدة. هذا ظاهر كلامه والمسألة في آخر كتاب الشركة من المدونة قال فيها: وإن مات أحد الشريكين فأقام صاحبه بينة إن مائة دينار من الشركة كانت عند الميت فلم توجد ولا علم مسقطها، فإن كان موته قريباً من أخذها فيما يظن أن مثله لم يشغلها في تجارة فهي في حصته وما تطاول وقته لم يلزمه. أرأيت لو قالت البينة أنه قبضها منذ سنة وهما يتجران، أيلزمه؟ أي أنه لا شيء عليه انتهى. وذكر في النوادر عن كتاب محمد نحو هذا وأن محمد بن المواز قيده بما نصه محمد إن أشهد على نفسه بأخذ المائة شاهدين لم يبرأ منها إلا ببينة أنه ردها وإن طال ذلك، وأما إقراره بغير تعمد إشهاد ولا كتاب فكما قال في صدر المسألة انتهى. قال ابن عرفة بعد ذكره مسألة المدونة وتقييد محمد: انظر قوله «ولا كتاب» ظاهره إن كان بكتاب لم يبر إلا ببينة، ووجهه أنه إذا أخذها فقد وثق أخذها فلا يبرأ إلا بدليل على البراءة انتهى. وقال في التوضيح بعد ذكره كلام المدونة وتقييد محمد: وحاصله أن كلامه في المدونة مقيد بما إذا لم يشهد، وأما إذا أشهد على نفسه بأخذ المائة فلا يبرأ منها إلا بإشهاد أنه ردها، طال ذلك أو قصر. والظاهر أن مراد

للشريك وكذلك إقرار أحد الشريكين بدين بعد التفرق ويلزمهما في أموالهما. وفي قول ابن القاسم تلزم المقر حصته يريد إذا لم يحلف المشهود له (**وألغيت نفقتهما وكسوتهما وإن ببلدين مختلفي السعر كعيالهما إن تقاربا وإلا حسبا**) من المدونة قال مالك: لا بأس أن يشتركا بمال كثير يتفاوضان فيه وهما في بلدين على أن يجهز كل واحد على صاحبه ويلغيا نفقتهما وإن اختلف سعر البلدين إذ كل واحد منهما إنما قصد للتجر مع قلة مؤنة كل واحد فاستسهل اختلاف السعرين، وينبغي أن لو كان لكل واحد عيال واختلفت أسعار البلدين اختلافاً بيناً أن تحسب النفقة إذ نفقة العيال ليست من التجارة. قال ابن القاسم: وإن كانا في بلد واحد وكانا ذوي عيال أو لا عيال لهما فيلغيان نفقتهما. قال ابن القاسم: وذلك عندي إذا تقاربا في العيال. وانظر كتاب الشركة من شرح البخاري الأشعريين إذا رملوا وما يجمعه الرفقاء من طعام، وهل كذلك الصغير من القرابات (**كانفراد أحدهما به**) قال: وإن كان لأحدهما عيال وولد وليس للآخر أهل ولا ولد حسب كل واحد ما أرفق. ومن ابن عرفة ما نصه فيها: لما قال مالك تلغى النفقة علمنا أن ما أنفقا إنما هو من مال التجارة والكسوة لهما ولعيالهما تلغى لأن مالكاً قال: تلغى النفقة والكسوة من النفقة. ابن عرفة: هذا نص في لزوم كسوة من التزمت نفقته، وفيها إلا أن تكون كسوة ليس مما يلتزم بها العيال مثل الوشي فهذه لا تلغى، انظر قول ابن عرفة هذا نص آخر. وللمتيطي قال ابن زرب: من التزم الإنفاق على رجل وأبى أن يكسوه أنه يحكم عليه مع النفقة بالكسوة. وقال ابن سهل: إنما هذا في كل نفقة يحكم عليه بها، وأما من التزم نفقته تطوعاً فلا

وَإِنِ اشْتَرَى جَارِيَةً لِنَفْسِهِ، فَلِلآخَرِ رَدُّهَا،

محمد بقوله: «أشهد» أن تكون البينة قصد بها التوثق كما قالوا في البينة التي لا تقبل دعوى المودع معها الرد هو أن يأتي بشهود يشهدهم على دفع الوديعة للمودع، وأما لو دفع بحضرة قوم ولم يقصد التوثق بشهادتهم فلا، ولأنه الذي يفهم من قول محمد. وأما إن كان إقراره من غير قصد إشهاد فكما ذكر ابن القاسم انتهى. إذا علمت ذلك فيتعين أن يكون قول المصنف: «إن أشهد» بهمزة في أوله على أنه رباعي أي أشهد بها قاصداً للتوثق كمسألة المودع، وقد نبه على ذلك ابن غازي والله أعلم.

تنبيه: علم مما تقدم أن الموجب للضمان هو الإشهاد بأخذها بقصد التوثق، وإن مما يدل على ذلك كون الإشهاد بكتاب كما قال ابن عرفة: وإذا حصل الإشهاد المقصود به التوثق فلا يسقط بطول الزمان ولو زاد على عشرين كما في الوديعة فإنه سيأتي إن شاء الله أن قول المصنف في باب الوديعة: «إِلا كعشر» إنما هو إذا كانت بغير إشهاد مقصود به التوثق، وأما مع الإشهاد فلا يبرأ إِلا بدفعها. فإذا مات الشريك ولم يوص بشيء مما أشهد أنه عنده من مال الشركة ولم يوجد فيحمل على أنه عنده، وأما إذا كانت بغير إشهاد أو إشهاد لم يقصد به التوثق فيكفي في سقوط الضمان بها مضي سنة ونحوها بخلاف الوديعة كما سيأتي. وفرق بينهما ابن رشد بأن الشريك مأذون له في التصرف فيحمل على أنه ردّها بخلاف المودع.

تنبيه: علم من هذا أن هذا إنما يفيد حيث يكون المال الذي للشركة تحت يده وهو يتصرف فيه، فيحمل على أنه رد البعض الذي أخذه، وأما لو علم أنه لم يصل إلى ذلك فلا يفيد. والظاهر أيضاً أنه لا فرق بين مائة أو جميع مال الشركة أعني إذا أشهد بأنه حبسه تحت يده، فإن كان الإشهاد مقصوداً منه التوثق لم يبرأ منه إلا بإشهاد وإلا فلا والله أعلم. **ص: (وإن اشترى جارية لنفسه فللآخر ردها) ش:** ذكر رحمه الله لشراء الجارية ثلاثة أوجه كما قال في التوضيح: الأول أن يشتريها لنفسه للوطء أو للخدمة بغير إذن شريكه، وهذا هو الوجه الذي أشار إليه بقوله: «فللآخر ردّها» يعني أن للشريك الآخر أن يردّها للشركة، وله أن يمضيها له بالثمن الذي اشتراها به. وقاله في المدونة. وهذا إذا لم يطأها المشتري، فإن وطئها فحكمها حكم من وطىء أمة الشركة وسيأتي.

يلزمه كسوة. انظر المتيطي في الشروط في النكاح **(وإن اشترى جارية لنفسه فللآخر ردّها)** انظر لا فرق بين الجارية وغيرها من السلع. من المدونة: إن اشترى أحد المتفاوضين من مال شركتهما جارية لنفسه للوطء ـ وفي كتاب محمد للخدمة ـ وأشهد على ذلك يريد ولم يطأ بعد، قال ابن القاسم: هي بينهما وشريكه بالخيار وليس من فعل ذلك كغاصب الثمن أو متعد في وديعة ابتاع بها سلعة، وهذا ليس عليه لرب الدنانير إلا مثل دنانيره وهو كمبضع معه شراء سلعة أو مقارض أو وكيل تعدى، فرب

إِلاَّ لِلْوَطْءِ بِإِذْنِهِ،

فرع: قال في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الشركة: فإن قال له اشتر سلعة كذا للشركة ففعل ثم جحد أن يكون أمره بذلك وزعم أنه إنما اشتراه لنفسه خالصاً من ماله فأقام عليه البينة أنه أمره قال: أراه بينهما على ما أمره. قال ابن رشد: قوله في هذه المسألة «ثم جحده» دليل هو كالنص أنه لو أقر أنه أمره بذلك وقال: لم أرد أن أشتري لك شيئاً فاشتريته لنفسي لم يكن ذلك له وكان معه شريكاً شاء أو أبى.

فرع: قال في السؤال المذكور: فإن قال: إني أشركتك فيه فلاناً وفلاناً عند الاشتراء ولا يعلم ذلك إلا بقوله قال: أرى ذلك بينهما على ما أمره ولا يصدق في قوله: إنه أشرك فيه فلاناً وفلاناً. قال ابن القاسم: ويدخل فيه اللذان يزعم أنه أشركهما بذلك على اللذين أقر لهما إن كان أقر لهما بالنصف كان لهما نصف ما في يديه، وإن كان الثلث فلهما الثلث مما بقي في يديه أو أقل من ذلك أو أكثر، فعلى هذا يحسب. ولا يؤخذ ما في يديه كله لأنه أقر لهما بهذا الذي في يديه والذي صار لصاحبه. قال ابن رشد: قوله: «ولا يصدق في قوله إنه أشرك فيه فلاناً وفلاناً» دليل على أنه لو كان لفلان وفلان بينة على أنه أشركهما في ذلك لوجب أن يكونا أحق بالنصف وفي ذلك اختلاف. قيل: إنه لا يكون لهما إلا نصف النصف لأنه إنما أشركهما في ماله ومال غيره فهو يقول لهما: إني أشركتكما في حقي وحق غيري فليس لكما إلا نصف ما بيدي، والثاني أنه يكون لهما جميعاً النصف لأنهما يقولان له: اشتركنا في نصف ذلك ولك نصفه وأسلمه إلينا، وهذا القول الثاني مخرج من مسألة الحانوت بين رجلين باع أحدهما نصفه على الإشاعة. انتهى مختصراً والله أعلم. ص: **(إلا للوطء بإذنه) ش:** هذا هو الوجه الثاني. قال في التوضيح: الثاني أن يشتريها للوطء بإذن شريكه فلا شك أن شريكه أسلفه نصف ثمنها وأن ربحها له وعليه نقصها انتهى.

قلت: وقوله «يشتريها للوطء» فيه إجمال والأحسن أن يقول: «أن يشتريها لنفسه بإذن شريكه للوطء أو غيره» وهكذا نقله ابن يونس وأبو الحسن. قال أبو الحسن: الوجه الثاني أن يشتريها لنفسه بإذن شريكه على أن يضمنها إن هلكت فله ربحها وعليه خسارتها، وهذا قد أسلف شريكه نصف ثمنها فله النماء وعليه النقصان انتهى. وأما لو اشتراها بإذن شريكه ليطأها وعلى أنها للشركة بمعنى أن الربح والخسارة على المال. فنص اللخمي على أنها كالمحللة، فإن لم

المال مخير في أخذ ما اشترى أو تركه **(إلا للوطء بإذنه)** ابن يونس: قال بعض أصحابنا: ولو أنه اشتراها بإذن شريكه على أن يضمنها إن هلكت وله ربحها وعليه خسارتها، فهذا قد أسلفه شريكه نصف ثمنها فله النماء وعليه النقصان لأنه استبد بملكها اهـ. ولا شك أن هذا هو مراد خليل، وموضوع المسألة الأولى في المدونة في الجارية في الوطء فكيف كان يستثنيه في هذا الفرع فانظره

وَإِنْ وَطِىءَ جَارِيَةً لِلشَّرِكَةِ بِإِذْنِهِ، أَوْ بِغَيْرِ إِذْنِهِ وَحَمَلَتْ قُوِّمَتْ، وَإِلاَّ فَلِلآخَرِ إِبْقَاؤُهَا، أَوْ مُقَاوَاتُهَا،

يطأها ردت للشركة، وإن لم يعلم بذلك حتى وطئها لزمته قيمتها من غير خيار لواحد منهما. فهذا الوجه والذي قبله اشتركا في أنه اشتراها لنفسه، وافترقا من جهة أن الأول اشتراها بغير إذن شريكه والثاني اشتراها بإذن شريكه. ولهذا قال ابن غازي: إن ما وقع في بعض النسخ من قوله: «إلا لوطء أو بإذنه» بجر اللفظين بالباء وعطف أحدهما على الآخر بـ«أو» قبل قوله: «إلا للوطء» أتم فائدة حسبما يظهر بالتأمل، وذلك أن هذه النسخة تفيد أنه اشتراها لنفسه في كلا الوجهين لكن في الأول بغير إذن شريكه، وفي الثاني بإذنه، ويفيد أن التخيير في الوجه الأول محله ما لم يطأ. ص: **(وإن وطىء جارية للشركة بإذنه أو بغير إذنه وحملت قومت) ش:** هذا هو الوجه الثالث وهو أن يشتري الجارية للشركة ثم يطؤها. وهذا الوجه على ثلاثة أقسام: أحدها أن يطأها بإذن شريكه فهذه محللة يلزم الواطىء قيمتها، حملت أو لم تحمل، وإلى هذا أشار بقوله: «بإذنه» وجوابها محذوف أي قومت، سواء حملت أو لم تحمل. ومثله ما إذا اشتراها ليطأها على أن ربحها وخسرها على المال ووطئها كما تقدم عن اللخمي. والثاني أن يطأ جارية الشركة بغير إذن شريكه وتحمل فيجب عليه قيمتها وإليه أشار بقوله: «أو بغير إذنه وحملت قومت». فقوله: «وحملت» جملة حالية قيد في الوجه الثاني.

تنبيه: هذان الوجهان وإن اشتركا في وجوب القيمة فهما مختلفان لأنه إذا أعدم في الوجه الأول وحملت الأمة لم تبع واتبع بالقيمة في ذمته، وأما إذا لم تحمل فتباع عليه لأجل القيمة. قاله في كتاب القذف من المدونة في الأمة المحللة. وأما في الوجه الثاني فالذي رجع إليه مالك أن الشريك مخير، فإن شاء تمسك بنصيبه واتبعه بنصف قيمة الولد، وإن شاء أخذه بنصف قيمتها يوم حملت ويباع ذلك النصف على الواطىء بعد أن تضع فيما لزمه من نصف قيمتها فيأخذه الشريك إن كان كفافاً بما لزم من نصف نصيب الواطىء وتبعه بنصف قيمة الولد ديناً، وإن نقصت ما بيعت به عن نصف قيمتها يوم حملت اتبعه بالنقصان مع نصف قيمة الولد، ولو ماتت قبل الحكم كان عليه نصف قيمتها مع نصف قيمة ولده. قاله في كتاب القذف وسيذكر المصنف ذلك في كتاب أمهات الأولاد. ص: **(والأخير الآخر في إبقائها وتقويمها) ش:** أي وإن لم تحمل. وهذا هو القسم الثالث من الوجه الثالث وهو أن يطأ جارية الشركة بغير إذن شريكه ولم تحمل. واختلف فيها على أقوال. المشهور منها أن الشريك الذي لم يطأ مخير في أن يقومها على الواطىء أو يتماسك بحصته منها، وهذا القول هو الذي ذكره في كتاب أمهات الأولاد من المدونة. وفي كتاب القذف. وقال ابن رشد في نوازل سحنون

أنت **(وإن وطىء جارية للشركة بإذنه أو بغير إذنه وحملت قومت وإلا فللآخر إبقاؤها أو مقاومتها)** ابن رشد: الحكم في الأمة بين الشريكين إذا وطئها أحدهما بإذن شريكه أن تقوم عليه شاء أو أبى، ولا خيار في ذلك لواحد منهما لأن ذلك كالتحليل له الذي تلزم القيمة فيه بالوطء على كل حال، وأما

....

من كتاب الاستبراء. هذا قول في المدونة وهو المشهور في المذهب انتهى. وقال عياض في التنبيهات في كتاب أمهات الأولاد: وإن لم تحمل فالمعروف من مذهب المدونة والمفسر فيها في هذا الكتاب وغيره أن سيدها بالخيار في التقويم والتماسك، وقد جاء لفظان في كتاب الشركة ظاهرهما خلاف هذا انتهى. وصدر ابن الحاجب بهذا القول فعزاه في التوضيح لغير ابن القاسم في المدونة، واعترض على ابن الحاجب بأن مقتضى المدونة إنما هو التخيير في إبقائها على الشركة أو إمضائها بالثمن لا بالقيمة، وكأنه رحمه الله اعتمد ما حكى في توضيحه عن جماعة من علمائنا أن الأمة المشتراة للتجارة ثم يطؤها على ضربين: أحدهما أن يشتريها للتجارة من غير قصد وطء ثم يطؤها. والثاني أن يشتريها ليطأها وعلى أن الربح والخسارة فيها على المال، وهذه الثانية هي التي ذكر في المدونة فيها الخلاف، وأما الأولى فيخير شريكه بين مطالبته بالقيمة أو تركها بينهما إن لم تحمل انتهى. فكأنه حمل ما في أمهات الأولاد والقذف على الأولى، وما في الشركة على الثانية. والذي في التنبيهات والبيان يدل على أن الخلاف جارٍ في الصورتين، ومذهب المدونة فيهما التخيير بين أن يتماسك بنصيبه أو يقومها عليه فتأمله. ومشى رحمه الله في هذا الكتاب على المشهور المعروف من مذهب المدونة، وعلى ما وقع في بعض النسخ من قوله: «في إبقائها وتقويمها» بصيغة التفعيل من القيمة. ويقع في كثير من النسخ و«مقاومتها» بصيغة المفاعلة ويرجع إلى الأول بتكلف، وفي بعض النسخ «مقاواتها» والمقاواة المزايدة وهذا يوافق ما في كتاب الشركة لمالك لكنه خلاف المشهور من المذهب والله أعلم.

تنبيه: علم مما تقدم أنه لا فرق بين أن يشتريها للشركة من غير قصد وطء ثم يطؤها، أو يشتريها للوطء وعلى أن الربح والخسارة للمال، ومثله أيضاً ما إذا اشترى الأمة لنفسه بغير إذن شريكه ووطئها.

فرع: قال في البيان إثر كلامه المتقدم: وإذا تمسك الشريك بنصيبه ولم يقومها على شريكه منع الشريك من الغيبة عليها لئلا يعود إلى وطئها ويعاقب على ما فعل من ذلك، وإن كان جاهلاً لم يعذر بجهله إلا أن عقوبته أخف من عقوبة العالم. قاله ابن حبيب انتهى.

قلت: هو خلاف قولها في كتاب القذف: وإذا وطىء أحد الشريكين أمة بينهما وهو عالم بالتحريم لم يحد لشبهة الملك وعليه الأدب إلا أن يعذر بجهل انتهى. وفي كتاب

إذا وطئها متسوراً فإن حملت فإنها تقوم عليه أيضاً على كل حال. قال في المدونة: يوم حملت لا يوم وطئها وإن لم تحمل فشريكه مخير إن شاء قومها عليه وإن شاء تمسك بنصيبه. هذا قوله في المدونة وهو المشهور في المذهب. وإذا تمسك بنصيبه ولم يقومها عليه منع من الغيبة عليها لئلا يعود إلى وطئها ويعاقب على ما فعل من ذلك، وإن كان جاهلاً لم يعذر بجهله إلا أن عقوبته أخف من

وَإِنِ اشْتَرَطَا نَفْيَ الاسْتِبْدَادِ فَعِنَانٌ. وَجَازَ لِذِي طَيْرٍ وَذِي طَيْرَةٍ: أَنْ يَتَّفِقَا عَلَى الشَّرِكَةِ فِي الْفِرَاخِ، وَاشْتَرِ لِي وَلَكَ؛ فَوَكَالَةٌ

أمهات الأولاد من التوضيح: ويؤدب إلا أن يعذر بجهالة على المشهور. ص: **(وإن اشترطا نفي الاستبداد فعنان)** ش: قال ابن عرفة: قال عياض: عنان ضبطناه بكسر العين وهو المعروف، وفي بعض كتب اللغة فتحها ولم أره انتهى. وقال ابن عبد السلام: منهم من يضبطها بفتح العين، ومنهم من يضبطها بالكسر انتهى. وهي جائزة ويلزم الشرط. قاله ابن شاس وابن الحاجب. ونص ابن الحاجب: فإن شرطا نفي الاستبداد لزم وتسمى شركة العنان، قال ابن عبد السلام: يعني أن كل واحد من الشريكين يجوز تصرفه في مال الشركة في حضرة صاحبه ومع غيبته، فلو شرط أنه لا يتصرف واحد منهما إلا بحضرة صاحبه وموافقته على ذلك وهو معنى نفي الاستبداد لزم الشرط وتسمى شركة عنان، وظاهر كلامه أنه يكفي في تسميتها بهذا الاسم حصول الشرط المذكور، سواء كانت في نوع من المتاجر أو لا. ومنهم من قال: هي الشركة في نوع مخصوص، سواء حصل ذلك الشرط أو لم يحصل. ومنهم من قال: هي الشركة في شيء بعينه يعني كثوب واحد أو دابة واحدة، واختلف في الاشتقاق مماذا هو اختلافاً كثيراً. قال ابن القاسم: وأما شركة عنان فلا نعرفه من قول مالك، ولا رأيت أحداً من أهل الحجاز يعرفه. قيل: إنه لم يعرف استعمال هذا اللفظ ببلدهم. قلت: وقد علق ابن القاسم الحكم على شركة العنان في غير موضع من المدونة لكنه لم يفسرها اهـ. ص: **(وجاز لذي طير وذي طيرة أن يتفقا على الشركة في الفراخ)** ش: قال ابن سلمون: وسئل بعض فقهاء الشورى عن الرجل يجعل ديكاً ويجعل الآخر دجاجة ويشتركان في الفلاليس. فقال: لا يجوز ذلك لأنهما لا يتعاونان على الحضانة. قال: فإن جعل أحدهما حمامة أنثى والآخر ذكراً

عقوبة العالم **(وإن اشترط نفي الاستبداد فعنان)** ابن رشد: من أقسام شركة الأموال شركة العنان وهي الشركة في شيء خاص كأنه عنّ لهما أمر أي عرض لهما فاشتركا فيه، وهذه الشركة جائزة بإجماع لجميع الناس إذا اتفقوا عليها ورضوا بها، وهي لازمة لأهل الأسواق فيما اشتروه للتجارة على غير المزايدة، فما كان من الطعام في سوق الطعام لأهل التجارة في ذلك النوع باتفاق، وكذا غير الطعام على رواية ابن القاسم. انظر ترجمة جامع المسائل من ابن يونس. ابن الحاجب: إن اشترطا نفي الاستبداد لزم وتسمى شركة عنان. ابن عرفة: ظاهره ولو كانت غير مقصورة على نوع معين من الأموال وهي خلاف ما تقدم **(وجاز لذي طير وذي طيرة أن يتفقا على الشركة في الفراخ)** ابن القاسم عن مالك: إن اشتركا بالحمام فجعل أحدهما الذكور والآخر الأنثى كانت الفراخ بينهما لأنهما يتعاونان على التربية، وليس ذلك كالبيض يعطيها للحاضنة. قال: ومن قال لرجل حضن هذا البيض تحت دجاجتك والفراخ بيننا هي لرب الدجاجة ولرب البيض مثله **(واشتر لي ولك فوكالة)** ابن

وَجَازَ: وَانْقُدْ عَنِّي. إِنْ لَمْ يَقُلْ وَأَبِيعُهَا لَكَ، وَلَيْسَ لَهُ حَبْسُهَا؛ إِلاَّ أَنْ يَقُولَ: وَاحْبِسْهَا، فَكَالرَّهْنِ، وَإِنْ أَسْلَفَ غَيْرَ الْمُشْتَرِي جَازَ؛ إِلاَّ لِكَبَصِيرَةِ الْمُشْتَرِي،

جازت الشركة لأنهما يتعاونان على الحضانة انتهى. وانظر البرزلي في الشركة. ص: **(إن لم يقل وأنا أبيعها لك) ش:** فإن وقع ذلك وعثر عليه قبل النقد أمر كل واحد أن ينقد حصته ويتولى بيعها، وإن عثر على ذلك بعد النقد أمر المنقود عنه أن يدفع ما نقده عنه معجلاً ولو شرط تأجيله، ولا يلزمه بيع حظ المسلف إلا أن يستأجره بعد ذلك استئجاراً صحيحاً، فإن كان قد باع فله جعل مثله. ص: **(وإن أسلف غير المشتري جاز إلا لكبصيرة المشتري) ش:** أي فلا يجوز لأنه يصير سلفاً بمنفعة. قال في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الشركة من البيان مسألة: قال سحنون: أخبرني ابن القاسم عن مالك أنه قال في رجل دعا أخاً له إلى أن يسلفه ذهباً ويخرج مثلها ويشاركه فيها ويتجران جميعاً بها في موضعهما أو يسافران في ذلك. قال ابن القاسم: إذا كان ذلك على وجه الصلة والمعروف منه إلى أخيه ولا حاجة إليه في شيء إلا الرفق به فلا بأس بذلك، وأما إن كان يحتاج إليه في بصر في البيع والاشتراء أو إنفاذه في التجارة ولعلمه ونحوه فلا خير فيه. قال ابن القاسم: وقال لي مالك بعد ذلك: لا خير فيه على كل حال، وتفسيره الأول هو أحب إلي. قال ابن رشد: قوله: «إذا كان منه على وجه الصلة والمعروف منه إليه ولا حاجة له في شيء من ذلك إلا الرفق» صحيح لأنه إذا فعل ذلك لارتفاقه بمشاركته إياه في وجه من الوجوه كان سلفاً جر منفعة، وقد نهى ﷺ عن سلف جر نفعاً. ولا اختلاف في أنه لا بأس بذلك إذا صحت نيته في ذلك، ولا في أنه لا

الحاجب: ولا تصح شركة الوجوه ثم قال: وأما اشتر هذه السلعة لي ولك فوكالة مقصورة، وإن حصلت شركة. **(وجاز وانقد عني إن لم يقل وأبيعها لك)** قال مالك في موطئه: من قال لرجل اشتر هذه السلعة بيني وبينك وانقد عني وأنا أبيعها لك، لا يصلح لأنه سلف على أن يبيعها له، ولو هلكت السلعة فلمن نقد الثمن أن يأخذ من شريكه ما نقد عنه. الباجي: فإن نزل ذلك فالسلعة بينهما وليس عليه بيع حظ المسلف **(وليس له حبسها إلا أن يقول واحبسها فكالرهن)** الذي لابن القاسم: من اشترى لك سلعة بأمرك وأسلفك الثمن من عنده فليس له حبسها بالثمن لأنها عنده كالوديعة لا كالرهن إلا أن يقول انقد عني فيها واحبسها حتى أدفع إليك الثمن كان بمنزلة الرهن. انظر ابن يونس. **(وإن أسلف غير المشتري جاز إلا لكبصيرة المشتري)** أبو عمر: اختلف قول مالك في الذي يسلف رجلاً سلفاً ليشاركه وذلك منه على وجه الرفق والمعروف، فأجازه مالك وكرهه مرة، واختار ابن القاسم جوازه إلا إن كان أسلفه لنفاذه وبصره بالتجارة ثم جعل مثل ما أسلفه وتشاركا على ذلك فلا يجوز لأنه سلف جر نفعاً. انظر بعد هذا عند قوله: «وله التبرع». وسمع أصبغ: إن اشتركا في سلعة بعينها اشترياها بدين فلا بأس وإن لم يكن لهما رأس مال، وإن قالا: ما اشترى كل واحد منا بدين فنحن فيه شركاء ولا مال لهما لم يعجبني. أصبغ: وإن وقع نفذ وضمناه وفسخت الشركة بينهما.

يجوز إذا قصد به منفعة نفسه. وإنما الخلاف إذا لم يقصد فمرة رأى مالك النية في ذلك محتملة فسأله عنها فصدقه فيها، ومرة رآها بعيدة، والأظهر منه أنه قصد منفعة نفسه بدليل سؤاله إياه الشركة فنهاه عن ذلك. وقال: لا خير فيه، ولو كان الشريك هو الذي سأله أن يسلفه ويشاركه لوجب أن يسأل عن نيته في ذلك قولاً واحداً. وهذا كله فيما يؤمر به ابتداء وينهى عنه، وأما إذا وقع ذلك وادّعى أنه قصد بسلفه منفعة نفسه ليأخذ سلفه معجلاً إن كان ضرب له أجلاً أو قيمته إن كان عرضاً وفات، فعلى القول بأنه يسأل عن نيته ابتداء لا يصدق في ذلك، وعلى القول بأنه لا يسأل عن نيته ابتداء وينهى عن الفعل يصدّق في ذلك مع يمينه ويأخذ سلفه معجلاً انتهى. فإن لم يطلع عليه حتى فاتت الشركة وعملا فللمقرض ربح المائة القرض، وإن كان المقترض اشترط عليه الانفراد في العمل فله ربح المائة القرض، وله أجرة عمله في مائة صاحبه، هذا الذي يقتضيه الفقه فتأمله.

وقال إثر هذه المسألة مسألة: قال ابن القاسم قال مالك في رجلين اشتركا في مال لهما لا يستويان فيه لأحدهما مائة وللآخر خمسون، ثم إن صاحب المائة دعا صاحب الخمسين إلى أن يسلفه نصف الخمسين التي يفضله بها حتى يستويا في الشركة. قال: إذا كان ذلك على غير شرط المشاركة ولا لحاجة من المسلف الذي أسلفه في بصر ولا على شيء إلا الرفق به فلا بأس به. قال محمد بن رشد: هذا كما قال: إنه إذا كان ذلك شرطاً في أصل الشركة فلا يجوز من أجل أنه إذا كان ذلك شرطاً في أصلها، وذلك مثل أن يقول له لي مائة دينار فأنا أسلفك منها خمسة وعشرين على أن تشاركني بأن أخرج أنا الخمسة والسبعين الباقية لي وتخرج أنت مثلها بالخمسة والعشرين التي أسلفتك، فقد تبين أن المسلف قصد منفعة نفسه فكان ذلك سلفاً جر منفعة. وكذلك لو قال له ذلك بعد أن عقد الشركة معه على أن يخرج هذا مائة وهذا خمسين يشتركان فيها على الثلث والثلثين، لما جاز أيضاً لأن الشركة من العقود الجائزة التي لا تلزم بالعقد. وإنما يفترق أن يقول له ذلك في العقد أو بعده إذا قاله على وجه غير الشرط مثل أن يقول له: تعال أسلفك خمسة وعشرين فتضيفها إلى الخمسين التي لك فأخرج أنا خمسة وسبعين مثلها فنشترك فيها، أو يقول له ذلك بعد أن عقد الشركة معه على أن يخرج هو مائته وهذا خمسينه فيشتركان فيها على الثلث والثلثين، لأنه إذا قال له ذلك في العقد ابتداء كان الأظهر منه أنه قصد منفعة نفسه فصدق في ذلك مع يمينه إن ادّعاه حسبما مضى في المسألة قبلها. وإذا قال له ذلك بعد العقد كان محمولاً على أنه لم يقصد منفعة نفسه إذ قد رضي بشركته فأشبه أن يكون المشترك هو الذي سأله ذلك. ولو قال له ذلك بعد أن عقد الشركة واشتريا بها عروضاً للتجارة على الثلث والثلثين مبلغ رؤوس أموالهما لكان ذلك بيعاً جائزاً أو إن سمياه سلفاً لأنه باع منه سدس العروض بالخمسة والعشرين التي سمياه سلفاً انتهى. والله أعلم. ص:

وَأُجْبِرَ عَلَيْهَا، إِنِ اشْتَرَى شَيْئاً بِسُوقِهِ، لاَ لِكَسَفَرٍ وَقِنْيَةٍ، وَغَيْرُهُ حَاضِرٌ لَمْ يَتَكَلَّمْ مِنْ تُجَّارِهِ، وَهَلْ وَفِي الزُّقَاقِ لاَ كَبَيْتِهِ؟ قَوْلاَنِ.

(وغيره حاضر لم يتكلم من تجاره) ش: يريد ولم يبين المشتري أنه إنما يشتريه لنفسه فقط، فإن تبين ذلك لم يكن لأحد ممن حضره دخول معه. قاله ابن الحاجب وغيره.

قلت: والمراد أن يبين ذلك لتجار تلك السلعة الذين يريدون مشاركته كما يؤخذ ذلك من كلام ابن عبد السلام وغيره بعد أن ذكر أنهم يشاركونه قال ما نصه: ما لم يبين متولي الشراء أنه لا يشارك منهم أحداً، ومن شاء منهم أن يزيد عليه زاد، فإذا بين لهم هكذا لم يكن لأحد ممن حضر دخول معه انتهى. وهو كلام حسن. ص: **(وهل وفي الزقاق لا كبيته قولان)**

ابن رشد: مثله في المدونة **(وأجبر عليها إن اشترى شيئاً بسوقها لا لسفر وقنية وغيره وحاضره لم يتكلم من تجاره)** قال ابن القاسم: من وقف على من يشتري سلعة لم يتكلم فلما تم البيع قال: أنا شريكك فهو شريكه، فإن أبى ألقي في السجن حتى يفعل إن اشتراه ليبيعه، ولو اشتراه لمنزله أو ليخرج به لبلد آخر لم يكن عليه فيه شرك. ابن رشد: مذهب مالك القضاء لأهل الأسواق بالشركة فيما ابتاعه بعضهم بحضرتهم للتجر على غير المزايدة رفقاً بهم. قال ابن حبيب: وإنما يرى ذلك مالك لتجار أهل تلك السلعة وأهل سوقها إن كان مشتريها من أهل التجارة أو غيرهم إذا اشتراها للتجارة، وإنما يختلف ذلك في المستشرك؛ فإن كان من أهل تلك التجارة وجبت له الشركة، وإن لم يكن من أهلها لم تجب له إلا برضا المشتري اهـ. وانظر مسألة سئلت عنها وهي رجل قدم بقشر لسقيفة الجلد فصعب عليه المقام حتى يقوم السوق فباعه من إنسان كان حاضراً، فأفتيته بأن لا شركة لأحد معه مستدلاً بقول ابن رشد: من اشترى طعاماً للتجارة في سوق الطعام بحضرة غيره من التجار وهم سكوت، فلما تم له الشراء كان من حقوقهم أن يدخلوا معه، وليس من حقه هو أن يدخلهم معه إلا إن أرادوا. ولو قالوا له: أشركنا معك فقال لهم: لا قبل انبرام البيع لم يلزمه لهم شركة لأنه قد أنذرهم ليشتروا لأنفسهم إن أرادوا، وإن سكت دخلوا معه إلا إن كانوا لما قالوا له وهو يسوم: أشركنا واشتر علينا فسكت وانصرفوا وانبرم بيعه بعد ذهابهم، فالقول قوله أنه ما أشركهم فمن باب أولى مشتري القشر المذكور. ثم أخبرني أمين أولئك القوم أن الفتيا قديماً من الشيوخ كانت بإلزام الشركة. وانظر أيضاً مسألة أخرى سئلت عنها، وذلك أهل صيد الحجل يكون لهم المعامل من الدجاجين يأتونه بالحجل فيريد أهل سوقه الدخول معه وأفتيته بهذا أيضاً فإنه لا مدخل لغيره معه لأن الصائد أتاه بالقصد لحانوته وقد قال ابن رشد: ما ابتاعه الرجل بحانوته فلا شرك لأحد معه ممن حضر البيع، وانظر قول خليل: «إن اشترى شيئاً» فهو قول ابن القاسم وأصبغ وابن حبيب وغيرهم. وقال مالك: إنما ذلك الطعام خاصة انتهى. نقلت هذا من أول مسألة من نوازل أصبغ. ثم وجدت لابن يونس ما نصه من الموازية والواضحة. وقال مالك في الرجل يريد شراء سلعة للتجارة ثم ذكر الفقه ثم قال عن ابن حبيب: وهذا في كل شيء من طعام أو حيوان أو غيره إذا اشتراه للتجارة **(وهل وفي الزقاق لا كبيته قولان)** أصبغ: لا يدخل زيات على بزاز ولا أهل سلعة على أهل سلعة، ولو أن محتكراً لهذه

وَجَازَتْ بِالْعَمَلِ؛ إِنِ اتَّحَدَ، أَوْ تَلازَمَ، وَتَسَاوَيَا فِيهِ، أَوْ تَقَارَبَا، وَحَصَلَ التَّعَاوُنُ؛ وَإِنْ بِمَكَانَيْنِ،

ش: صدر في الشامل بأنهم لا يشاركونه إذا اشترى في الزقاق وعطف القول بالشركة فيه بـ«قيل». **ص:** (**إن اتحدا أو تلازما**) **ش:** يريد والله أعلم بالتلازم أن يكون صنعة أحدهما لا تنفق إلا بنفاق الأخرى.

تنبيه: قال في النكت: واعلم أنه إنما لا تجوز شركة ذوي صنعتين متى كانا يعملان بأيديهما، فأما إن كانا يتجران في صنعتين بأموالهما فذلك جائز. وكذلك رأيت لأشهب في كتاب ابن المواز. قال: لا بأس أن يخرجا مالاً متساوياً على أن يقعد هذا بزازاً وهذا قطاناً انتهى

التجارات كلها ويتجر بها رأيت أن يدخل في هذه السلع حيث وجد من يشتريها في أسواقها، ولو لقي سلعة في بعض الأزقة والدور فابتاعها بحضرة رجل من أهلها فلا شركة له معه ولا شركة في السلع إلا في مواقفها لا فيما اشتراه الرجل في حانوته أو بيته أو داره. اهـ. نقل ابن يونس: ونحوه عزا ابن رشد لأصبغ قال: وقال ابن حبيب بعمومه فيما يباع بالسوق وفيما بيع بالطرق والأزقة إلا ما اشترى في حانوته أو داره (**وجازت بالعمل إن اتحد**) من المدونة قال مالك: لا تجوز الشركة إلا بالأموال أو على عمل الأبدان إذا كانت صنعة واحدة. البرزلي: سئل ابن عرفة عن حمالين اشتركا في أجرة ما يحملانه، فحلف أحدهما: لا أحمل لفلان شيئاً فحمل له صاحبه وحمل هو لغيره واقتسما الأجرة فقال: الشركة فاسدة ولا حنث عليه (**أو تلازما**) اللخمي: لو اشترك حائكان بأموالهما وكان يتولى واحد العمل والآخر الخدمة والشراء والبيع ولا يحسن النسج، وكانت قيمة العمل والخدمة سواء، جازت الشركة. وكذلك إذا لم يكن لهما رأس مال وكانا يتقبلان المتاع ليعمل أحدهما ويخدم الآخر ويتولى ما سوى النسج وتساوت القيمة جاز ذلك، وهما بخلاف المختلفي الصنعة فصح لأن المختلفي الصنعة يصح أن يعمل أحدهما ولا يدخل على الآخر عمل والشركة على الحياكة على ما وصفنا جائزة لأنهما إن دخلا عملا جميعاً وإلا تعطلا جميعاً، فلم يكن في ذلك غرر. وعلى مثل هذا أجيزت الشركة في اللؤلؤ أحدهما يتكلف الغوص والآخر يقذف أو يمسك عليه، فإذا كانت الأجرة سواء جازت الشركة على التساوي فيما خرج من اللؤلؤ، وإن كانت أجرة من يخرجه أكثر لم يجز إلا على قدر أجرة كل واحد من الآخر (**وتساويا فيه أو تقاربا**) اللخمي: من شروط شركة الأبدان أن يكونا في الإبطاء والسرعة والجودة واحداً أو متقارباً (**وحصل التعاون وإن بمكانين**) من المدونة قال ابن القاسم: شركة أهل الصنعة جائزة بوجهين: أن تكون الصنعة واحدة وأن يعملا في حانوت واحد. وأجاز في العتبية أن يكون في حانوتين في صنعة واحدة. ابن يونس: لعله يريد في موضعين نفاقهما واحد وتكون أيديهما تجول في الحانوتين جميعاً. ابن رشد: لا وجه لما في العتبية إلا أن يكون معناه أنهما يجتمعان معاً على أخذ الأعمال، ثم يأخذ كل واحد منهما طائفة من العمل يذهب به إلى حانوته يعمله فيه لرفق له في ذلك لسعة حانوته أو انشراحه أو قربه من منزله وشبه ذلك. عياض: تأول شيوخنا ما في العتبية على تعاونهما في الموضعين أو أن نفاق السلعتين في الموضعين سواء فيكون وفاقاً للمدونة؛ لأن المقصود من المكان تقارب أسواقه ومنافعه. ابن يونس: إنما قال في

وَفِي جَوَازِ إِخْرَاجِ كُلٍّ آلَةٍ وَاسْتِئْجَارِهِ مِنَ الآخَرِ، أَوْ لاَ بُدَّ مِنْ مِلْكٍ أَوْ كِرَاءٍ؟ تَأْوِيلاَنِ:

والله أعلم. ص: **(وفي جواز إخراج كل آلة واستئجاره من الآخر أو لا بد من ملك أو كراء تأويلان)** ش: ذكر رحمه الله مسألتين: الأولى منهما: هل يكفي في الشركة أن يخرج كل منهما آلة مساوية لآلة الآخر وهو قول سحنون وتؤول المدونة عليه، أو لا بد أن يشتركا في الآلة بملك أو كراء ولو بأن يكتري من شريكه وهو ظاهر المدونة بل صريحها كما سيأتي في مسألة الرحا والبيت والدابة؟ لكنه قال في المدونة: إن وقع مضى وصحت الشركة. وسيأتي بيان ذلك في قوله: «كذي رحا وذي بيت وذي دابة»، وعلى كلا التأويلين فذلك لا يفسد الشركة كما تقدم عن المدونة الثانية هل يكفي في الاشتراك في الآلة أن تكون لأحدهما ويستأجر الآخر منه نصفها. قال في التوضيح: قال عياض وغيره: هو ظاهر الكتاب. قال ابن عبد السلام: وهو المشهور من المذهب وعليه اقتصر ابن الحاجب أو لا بد من التساوي في الملك والكراء من غيرهما وهو مروي عن ابن القاسم.

قلت: كلامه في المدونة في مسألة تطوع أحد الشريكين بكثير الآلة وفي مسألة صاحب البيت والرحا، صريح في الأول وسيأتيان. ففي تسوية المصنف بين التأويلين في هذه المسألة نظر والله أعلم. وهذا فيما يحتاج فيه إلى الآلة التي لها قيمة، وأما ما لا يحتاج إلى الآلة أو يحتاج

المدونة: «لا يجوز إذا افترقا في الموضعين وإن كانت صنعتهما واحدة» لاختلاف نفاق الأعمال في المواضع فربما عمل أحدهما لكثرة العمل في موضعه ويبطل الآخر فصار ذلك تفاضلاً في الشركة، ومن سننها المساواة، وذلك في شركتهما في عمل الأيدي. فأما إن كانا يتجران في الصنعتين بأموالهما فذلك جائز. قال أشهب: لا بأس أن يخرجا مالاً متساوياً على أن يقعد هذا بزازاً وهذا عطاراً لأن الربح للمال وقد تساويا فيه، ومن المدونة: إن اشترك ذوا صنعة على عمل أيديهما ولا يحتاجان إلى رأس مال على أن على أحدهما ثلث العمل وله ثلث الكسب وعليه ثلث الضياع وثلثا ذلك على صاحبه وله ثلث الكسب فذلك جائز كالأموال، وما يحتاج إليه شريكا الصنعة ومن رأس مال أخرجاه بينهما بالسوية وعملا جميعاً. وإن أخرج أحدهما ثلث رأس المال والآخر الثلثين على أن العمل عليهما جميعاً والربح بينهما نصفين لم تجز هذه الشركة، وإن كان بقدر ما أخرج كل واحد من رأس المال في عدد أو وزن يكون له من الربح وعليه من الوضيعة والعمل فذلك جائز. ابن يونس: فإذا احتاج الصانعان إلى رأس مال أخرجاه بقدر أعمالهما ولا يفترقان بخلاف التجر، لأن الصانعين وإن احتاجا إلى رأس مال فالمقصود منهما الصنعة لا ما يخرجان من رأس المال، ولو كانت صنعة لا قدر لها والمبتغى منها التجر لجاز أن يفترقا **(وفي جواز إخراج كل آلة واستئجاره من الآخر أو لا بد من ملك أو كراء تأويلان)** ابن عرفة: إن افتقرت الآلة كالكمد وصيد الجوارح وحمل الدواب جازت بشرط الاشتراك في الآلة بملك أو إجارة من غيرهما، ويجوز أن يؤاجر أحدهما نصف آلته بنصف آلة صاحبه. وهذا ظاهر الكتاب، فإن لم يذكرا كراء وتساويا فظاهر المدوّنة المنع، فإن وقع مضى. وأجازه سحنون

كَطَبِيبَيْنِ اشْتَرَكَا فِي الدَّوَاءِ، وَصَائِدَيْنِ فِي الْبَازَيْنِ. وَهَلْ وَإِنْ افْتَرَقَا؟ رُوِيَتْ عَلَيْهِمَا،

إلى آلة لا قدر لها كالخياطة فلا كلام في ذلك. انظر التوضيح. ص: **(وصائدين في البازين وهل وإن افترقا رويت عليهما)** ش: مقتضى كلامه أنه لا بد في شركة الصائدين من اشتراكهما في البازين. ثم هل تجوز وإن افترقا أو لا بد مع ذلك من اجتماعهما؟ في ذلك قولان رويت المدونة عليهما. وقد يتبادر هذا إلى الفهم من كلامه في التنبيهات لكن إذا تأملته وجدته يدل على أن المدونة رويت على قولين: أحدهما أنه لا بد أن يشتركا في البازين وأن لا

ابتداء انتهى منه ومن عياض. وانظر اشتراك الصيادين للحجل يأتي هذا بغزله وهذا بغزله صدرت مني الفتيا أنهم إذا احتاجوا للشركة والاجتماع لأجل حراسة بعضهم بعضاً ومعاونتهم أن يجمعوا الشباك ويقدّموا واحداً منهم عليهم، يعطى كل واحد من الشباك ما يناسبه ويختار له موضعاً يليق به ويعين بعضهم لبعض في النصف، فيكون على هذا قد جالت أيديهم في الشباك كما قال ابن يونس في الحانوتين وتعاونوا في النصف كما قاله عياض في تعاونهما بالموضعين، فإذا كانوا على هذا جازت شركتهم وإلا فهم كمسألة العتبية في الصيادين يشتركان فيصيب أحدهما في شبكة صيد. قال: هو له لأنها شركة لا تحل. قال ابن رشد: لعدم التعاون، وقد تقدم إذا جعل أحدهما الذكر والآخر والأنثى **(كطبيبين اشتركا في الدواء)** من المدونة قال مالك: يجوز شركة المعلمين في مكتب واحد لا في موضعين. قال ابن القاسم: وكذلك الأطباء إذا كان ثمن ما يشترونه من الدواء بينهم. قال ابن الماجشون: وإذا كان أحد المعلمين سليقياً والآخر نحوياً جاز أن يشتركا على الاعتوال. قال مالك: وإن كان أحدهما أعلم لم يصلح إلا أن يكون لأعلمهما فضل من الكسب بقدر علمه على صاحبه. ابن يونس: إن استويا في علم ما يعلمانه الصبيان وجب التساوي بينهما في الكسب، وإن كان أحدهما أعلم من الآخر في غير ذلك السليقة الطبيعة فلأن يتكلم بالسليقة أي بطبعه لا عن تعلم **(وصائدين في البازين)** من المدوّنة: من استأجر نصف دابة رجل ثم اشتركا في العمل عليها جاز، وإن اشتركا ليحتطبا أو يجمعا ثمار البرية ونقلها على رقابهما أو دوابهما فأما من موضع واحد فجائز، ولا يجوز إن افترقا، ولا بأس أن يشتركا في صيد السمك والصير بنصف الشرك والشباك إذا عملا جميعاً لا يفترقان في التعاون بالنصف وغيره. ولا يجوز أن يشتركا على أن يصيدا ببازيهما أو كلبيهما إلا أن يملكا رقابهما أو يكون الكلبان والبازان طلبهما واحداً لا يفترقان فجائز. وروى ابن المواز عن ابن القاسم أنه لا يجوز حتى يكون البازان أو الكلبان بينهما انتهى. نقل ابن يونس: وقال ابن عات: شرط في المدونة في هذه الشركة شرطاً واحداً، إما أن يشتركا في الجوارح، وإما أن يكون الطلب واحداً. وغيره شرط الشرطين وقد تقدم قوله: «وجاز لذي طير وذي طيرة»، وقال اللخمي: إن كانت البزاة شركه جاز، وإن افترقا في الاصطياد، وأن يكونا شركاء في البزاة جاز إذا كان الصائدان يتعاونان ولا يفترقان. وقال ابن رشد: أجاز ابن حبيب افتراق الأكرياء في البلدان إن كانت الدواب مشتركة بينهم وليس بخلاف لابن القاسم **(وهل وإن افترقا رويت عليهما)** تقدم نقل ابن يونس نص المدونة إلا أن يملكا رقابهما أو يكون البازان لا يفترقان وعلى هذا أيضاً حملها ابن عات واللخمي وابن رشد

وَحَافِرَيْنِ بِكَرِكَازٍ، وَمَعْدَنٍ، وَلَمْ يَسْتَحِقَّ وَارِثُهُ بَقِيَّتَهُ، وَأَقْطَعَهُ الإِمَامُ، وَقُيِّدَ بِمَا لَمْ يَبْدُ

يفترقا قابل يكون طلبهما واحداً. والثاني أن الشرط أحد شيئين إلا أن يشتركا في البازين فتجوز الشركة وإن افترقا أو يجتمعا في الطلب فتجوز وإن لم يشتركا في رقاب البازين. ولفظ المدونة: ولا يجوز أن يشتركا على أن يصيدا ببازيهما أو كلبيهما إلا أن يملكا رقابهما أو يكون البازان أو الكلبان طلبهما واحداً لا يفترقان. قال في التنبيهات: كذا في روايتي عن شيوخي يعني بـ«أو» وفي بعض الروايات «ويكون البازان» فعلى هذا لا يفترق الصائدان وإن اشتركا فيهما كالصانعين، ونحوه في كتاب محمد. وأما على رواية «أو» فاستدل منه الأشياخ على الاشتراك إذا حصل بينهما لم يلزم اجتماعهما وجاز الافتراق، ويستدل منه أيضاً على أن التساوي في الآلة يجوز مع الاشتراك وإن لم يشتركا فيها. انتهى بالمعنى. فآخر كلامه يدل على أن أحد الأمرين كافٍ فتأمله. ونص اللخمي على أن أحد الأمرين كافٍ فقال: إن كانت البزاة أو الكلاب مشتركة جاز وإن افترقا في الاصطياد، وإن لم يفترقا في البزاة والكلاب جازت الشركة إذا كان الصيد بهما معاً يتعاونان ولا يفترقان، فيكون مضمون الشركة عملاً بعمل ولا يجوز إذا افترقا انتهى. فلو قال المصنف: «وصائدين وهل وإن اشتركا في البازين ولم يفترقا أو أحدهما كافٍ رويت عليهما» لكان موفياً بالروايتين. وعلى رواية: «أو» اختصرها ابن يونس وأبو سعيد وغيرهما، ثم ذكر ابن يونس عن ابن القاسم من رواية ابن المواز قولاً كالرواية الأخرى والله أعلم.

فرع: قال التونسي: وكذلك إن كان لأحدهما وللآخر كلب وكانا يتعاونان في الصيد لجاز انتهى والله أعلم. **ص: (ولم يستحق وارثه بقيته وأقطعه الإمام وقيد بما لم يبد) ش:** قوله: «بقيته» أي بقية المعدن. وقوله: «وقيد بما لم يبد» أي وقيد ذلك بأن هذا فيما لم يبد من النيل، وأما ما بدا فلورثته والمقيد بذلك القابسي. ولفظ المدونة على اختصار ابن يونس: ومن مات منهما بعد إدراكه النيل لم يورث حظه من المعدن، وللسلطان أن يقطعه لمن رأى وينظر في ذلك للمسلمين انتهى. قال في النكت: ذكر بعض القرويين عن الشيخ القابسي أنه قال: معنى قول ابن القاسم أدركا نيلاً أنهما أخرجاه واقتسماه فليس لورثة الميت التمادي على العمل في المعدن على سبيل المعدن إلا بقطيعة من الإمام يقطعه لهم أو لغيرهم. ولم يتكلم ابن القاسم

كما تقدم. وقال عياض: رويت المدوّنة بالواو وبأو **(وحافرين بكركاز ومعدن ولم يستحق وارثه بقيته وأقطعه الإمام)** من المدونة قال ابن القاسم: لا بأس أن يشتركا في حفر القبور والمعادن والآبار والعيون والبنيان وعمل الطين وضرب اللبن وطبخ القرامد وقطع الحجارة من الجبال إذا لم يفترقا في ذلك، ولا يجوز في موضعين أو هذا في غار وهذا في غار من المعدن، وإن عملا في المعدن معاً فأدركا نيلاً كان بينهما ومن مات منهما بعد إدراكه النيل لم يرث حظه من المعدن والسلطان يقطعه لمن رأى وينظر في ذلك لجماعة المسلمين **(وقيد بما لم يبد)** عياض: ذكر عن ابن عبدوس أنه إذا كان أدرك النيل كان

وَلَزِمَهُ مَا يَقْبَلُهُ صَاحِبُهُ وَضَمَانُهُ وَإِنْ تَفَاصَلاَ، وَأُلْغِيَ مَرَضُ كَيَوْمَيْنِ وَغَيْبَتُهُمَا، لاَ إِنْ كَثُرَ،

على أنهما لم يخرجا شيئاً انتهى. فمعنى كلام المصنف أن قوله في المدونة: «ولم يستحق وارثه بقيته» يريد به الأنيال التي لم تبد، وأما النيل الذي بدا أو عمل فيه وقارب أن يبدو فلورثته فتأمله والله أعلم. ص: **(ولزمه ما يقبله صاحبه وضمانه وإن تفاصلا)** ش: يعني أن أحد شريكي العمل إذا قبلا شيئاً ليعملا فيه لزم شريكه الآخر أن يعمله معه، ولا يشترط أن يعقدا معاً، ويلزم أحدهما الضمان فيما أخذه صاحبه ولو افترقا كما لو أخذ أحدهما شيئاً ليعملا فيه فتلف ثم تفرقا فجاء صاحبه يطلب به الذي دفعه له فالضمان عليهما معاً. قال في المدونة: وما يقبل أحد الشريكين للصنعة لزم الآخر عمله وضمانه يؤخذ بذلك وإن افترقا. ص: **(وألغي مرض كيومين وغيبتهما لا إن كثر)** ش: يعني أن شريكي العمل إذا مرض أحدهما يوماً أو يومين أو غاب يوماً أو يومين وعمل صاحبه في اليومين المذكورين فالعمل بينهما ويلغى مرض اليومين وغيبتهما، وأما ما كثر فلا يلغى وهو يشير إلى قوله في المدونة: وإذا مرض أحد شريكي الصنعة أو غاب يوماً أو يومين فعمل صاحبه، فالعمل بينهما لأن هذا أمر جائز بين الشركاء إلا ما تفاحش من ذلك وطال فإن للعامل إن أحب أن يعطي لصاحبه نصف ما عمل جاز ذلك، وإن لم يعقدا في أصل الشركة أن من مرض منهما أو غاب غيبة بعيدة فما عمل الآخر بينهما انتهى. فاختصار المصنف مطابق للمدونة إلا أنه يحتاج إلى تنبيهات.

الأول: أن المؤلف قال: «كيومين» فيفهم منه أن ما قارب اليومين له حكمهما. واقتصر في المدونة على ذكر اليومين وكان المصنف اعتمد على مفهوم قوله في الشق الثاني إلا ما تفاحش من ذلك وطال ولم يبينه وكأنه أحال على العرف. وقد تقدم عن الشيخ أبي الحسن في مسألة الرد على أحد الشريكين ما باعه صاحبه في غيبة البائع أنه يفرق في ذلك بين القرب والبعد، وأن القرب اليومان والثلاثة والبعد العشرة قال: وما بينهما من الوسائط يرد ما قارب القرب إلى القرب، وما قارب البعد إلى البعد انتهى. وينبغي أن يجري مثل ذلك في ما شابه مثل ذلك من الأبواب.

الثاني: الضمير في «غيبتهما» راجع إلى اليومين وتحير الشارح في ذلك في الكبير ورده إلى الشريكين، وتكلف له بأن فيه تجوزاً وأن المراد غيبة أحدهما. وإنما قال: «غيبتهما» لئلا يتوهم أن الغيبة لو حصلت من أحدهما ثم حصلت من الآخر لم تغتفر فنبه على ذلك، وإن اغتفر ذلك مع غيبتهما فلان يغتفر مع غيبة أحدهما من باب أولى، والصواب ما تقدم وهو شامل لما ذكره الشارح والله أعلم.

لورثته قال: ولعله في المدونة أراد أنه لم يدرك النيل **(ولزمه ما يقبل صاحبه وضمانه وإن تفاصلا)** من المدوّنة: ما يقبل أحد شريكي الصنعة لزم الآخر عمله وضمانه ويؤخذ بذلك وإن افترقا **(وألغي مرض كيومين)** أو غيبتهما لا إن كثرت **(وفسدت باشتراطه)** من المدونة: إذا مرض أحد شريكي الصنعة أو

الثالث: لم يفهم من قول المصنف: «لا إن كثر» كيف يعمل في ذلك، وإنما فهم منه أنه لا يلغى، واقتصر البساطي في شرحه على ذلك وكلام الشارح يوهم أن العامل يختص بأجرة ذلك. قال في الشرح الكبير: أي فإن كثر اختص به العامل وليس كذلك، وكذلك كلامه في المدونة ليس فيه ما يدل على ذلك وقد صرح بذلك اللخمي وغيره، وأن معناه أن الأجرة بينهما وللعامل على المريض أجر عمله. قال اللخمي في تبصرته: وإذا عقد الشريكان الإجارة على عمل ثم مرض أحدهما أو غاب أو مات كان على الآخر أن يوفي بجميع ذلك العمل، وسواء كانت الشركة على أن العمل مضمون في الذمة أو على أعيانهما لأنهما على ذلك يشتركان، وعليه يدخل الذي يستأجرهما لأنهما متفاوضان فلزم أحدهما ما لزم الآخر. وإن كانت الإجارة في الصحة ثم مرض أحدهما مرضاً خفيفاً أو طويلاً أو غاب أحدهما إلى موضع قريب أو بعيد كان على الصحيح الحاضر القيام بجميع العمل، وكذلك إذا عقد الإجارة على شيء في أول المرض ثم برأ عن قرب أو بعد أو في سفر أحدهما إلى قرب من المكان ثم رجع عن قرب أو بعد أن بعد فكل ذلك سواء، فإن على الصحيح والحاضر القيام بجميع العمل. هذا في حق الذي له العمل، وكذلك في المسمى الذي عقدا عليه هو بينهما نصفان في الوجهين جميعاً. ويفترق الجواب في رجوع الذي عمل على صاحبه، فإن كان المرض الخفيف والسفر القريب لم يرجع لأن العادة العفو عن مثل ذلك ولولا العادة لرجع، فإن طال المرض أو السفر رجع على صاحبه بإجارة المثل انتهى. ويكون ربح العمل بينهما. ونقله القرافي في ذخيرته وقبله، وكذلك الشيخ أبو الحسن ونحوه للرجراجي ونصه: وأما البدنية فإن كان المرض يسيراً مما الغالب فيه التسامح فالربح بينهما ولا شيء للمعافى على الموؤف، فإن كان كثيراً فهل يكون المعافى متطوعاً أم لا؟ قولان: أحدهما أنه متطوع له وهو قول أشهب. والثاني لا يكون متطوعاً له وهو قول ابن القاسم. فعلى قوله يكون الربح بينهما ويطالبه بأجرة عمله انتهى. وأطلق الربح على الأجرة ويعني بالموؤف المريض والله أعلم.

الرابع: انظر هل يلغى من الكثرة يومان؟ قال البساطي: ظاهر كلامه أنه لا يلغى منه شيء انتهى. قلت: ويأتي الخلاف فيه في القولة التي بعدها.

الخامس: علم من قول اللخمي في كلامه المتقدم حيث قال: ثم مرض أحدهما أو مات أو غاب إن الموت كالغيبة والمرض، وعليه فينبغي أن يقال: إن عمل بعد موته يوماً أو يومين ألغي ذلك وإن كثر لم يلغ كما تقدم.

السادس: علم أيضاً من كلامه أنه لا فرق بين أن يكونا أخذا الشيء الذي يعملان فيه في الصحة أو بعد مرض أحدهما أو سفره، وهو جارٍ على ما تقدم من أن ما أخذ أحدهما لزم شريكه عمله وضمانه والله أعلم.

وَفَسَدَتْ بِاشْتِرَاطِهِ كَكَثِيرِ الآلَةِ، وَهَلْ يُلْغَى الْيَوْمَانِ كَالصَّحِيحَةِ تَرَدُّدٌ،

السابع: قال ابن يونس عن ابن حبيب: هذا في شركة الأبدان، وأما في الشركة بالمال فللذي عمل نصف أجرته على صاحبه والفضل بينهما لأن المال أجره انتهى. وقال الرجراجي قبل كلامه المتقدم: وإذا مرض أحد الشريكين فإن كانت مالية فالربح بين المعافى والموؤف وله أجر عمله لأن المال سبب الربح، وأما البدنية وذكر ما تقدم والله أعلم.

الثامن: قال اللخمي: ولو عقد أحدهما إجارة بعد طول المرض أو بعد السفر كان ذلك له وحده لأن الشركة حينئذ قد انقطعت، وكذلك ضمان ما هلك إذا كان العقد عليه في موضع لم تنقطع الشركة كانت القيمة عليهما، وإن كانت بعد أن انقطعت كانت عليه وحده انتهى. ونقل ابن يونس صدر هذا الكلام عن بعض القرويين وأقره.

التاسع: علم من هذا الكلام أن ما عقد عليه أحد الشريكين قبل طول الغيبة وطول المرض يكون ضمانه منهما وهو جارٍ على ما تقدم.

العاشر: الفرق بين شريكي العمل وبين الأجيرين إذا استأجرهما أحد على عمل فمرض أحدهما فعمل الآخر جميع العمل قال في المدونة: للمريض نصيبه ولا شيء عليه وصاحبه متطوع. وقال الرجراجي: إن الشريكين كل واحد منهما حميل عن صاحبه ضامن عنه ما يقبلاه إذا كان المتاع مما يضمن فلهذا لم يصر الصحيح متطوعاً، وأما الأجيران فليس أحدهما ضميناً ولا حميلاً فلهذا صار الحافر متطوعاً انتهى. واعلم أن القول بأنه لا شيء للعامل في مسألة الأجيرين لا يجري على القول بالرجوع بالقيام بالواجب، بل الجاري عليه أن يقال: إن المريض إن كان يمكنه عمل ذلك بأجيره أو بنفسه إذا صح فصاحبه متطوع، وإن كان لا يعمل ذلك بنفسه ولا بد أن يستأجر فالعامل له أجره، وراجع المسألة في كتاب الإجارة والله أعلم.
ص: (وفسدت باشتراطه ككثير الآلة وهل يلغى اليومان كالصحيحة تردد) ش: يعني أن الشركة تفسد إذا شرط فيها إن مرض أحدهما الكثير وغيبته مغتفران للغرر. قال في المدونة إثر قوله السابق في القولة التي قبل هذه: إن لم يعقدا في أصل الشركة أن من مرض منهما أو

غاب يوماً أو يومين فعمل صاحبه فالكسب بينهما لأن هذا أمر جائز بين الشركاء إلا ما تفاحش من ذلك وطال، فإن العامل إن أحب أن يعطي لصاحبه نصف ما عمل جاز ذلك إذا لم يعقدا في أصل الشركة أن من مرض منهما أو غاب غيبة بعيدة فما عمل الآخر فبينهما، فإن عقدا على هذا لم تجز الشركة، فإن نزل كان ما اجتمعا فيه من العمل بينهما على قدر عملهما، وما انفرد به أحدهما له خاصة دون الآخر، ابن يونس: يريد قل أو كثر **(وهل يلغى اليومان كالصحيحة تردد)** قال بعض القرويين: إن لم يعقدا على هذا ينبغي أن يكون القدر الذي لو صح هذا كان بينهما ويكون الزائد للعامل وحده ويسمح في الشركة الصحيحة عن التفاضل اليسير، وأما إذا فسدت الشركة فلا يسمح بذلك. انتهى ما نقله ابن يونس. وانظر أنت اللخمي، وانظر ذكر غيبة شريك العمل ولم يذكر غيبة

غاب غيبة بعيدة فما عمل الآخر بينهما وإن عقدا على هذا لم تجز الشركة، فإن نزل ذلك كان ما اجتمعا فيه من العمل بينهما على قدر عملهما وما انفرد به أحدهما له خاصة انتهى. زاد القرافي بعد قوله: لم تجز الشركة للغرر. قال ابن يونس إثر كلام المدونة المذكور: يريد قل أو كثر. ثم قال: قال بعض فقهائنا القرويين: وإن لم يعقدا على هذا لا ينبغي أن يكون القدر الذي لو صح هذا كان بينهما أن يكون بينهما، ويكون الزائد على ذلك للعامل وحده ويسمح في الشركة الصحيحة عن التفاضل اليسير. وأما إذا فسدت الشركة لم يسمح بذلك انتهى. ونقله أبو الحسن وقال بعده: وخالفه اللخمي وقال: لا يكون ذلك القدر له وهذا نقل بالمعنى. الشيخ: والخلاف يبنى والله أعلم على الجزء من الجملة هل يستقل بنفسه أم لا، كمن يسجد على أنفه بدلاً من الإيماء انتهى. وهذا هو الخلاف الذي أشرنا إليه في التنبيه الرابع من القولة التي قبل هذه في لغو اليومين من المدة الكثيرة في الشركة الصحيحة. وعلى قول بعض القرويين ينبغي أن يلغى ذلك، وعلى ما نسبه أبو الحسن للخمي لا يلغى أيضاً، وليس كلام اللخمي صريحاً في المخالفة لما قاله بعض القرويين وقد تقدم لفظه ولهذا قال والله أعلم. وهذا نقل بالمعنى. وجعل الشارحان هذا الكلام هو معنى قول المصنف: «وهل يلغى اليومان كالصحيحة تردد» قال الشارح في الكبير: ذكر عن بعض القرويين أن ذلك يلغى وإنما يرجع بما زاد. وقال اللخمي: لا يلغى واقتصر عليه ولهذا أشار بالتردد، ونحوه في الصغير. وقال في الشامل: فإن شرط عدمه في العقد أو كثير آلة فسدت ولا يلغى اليومان فيها على الأظهر انتهى.

قلت: وهذا الذي ذكره لم أقف عليه، وتقدم كلام بعض القرويين أن الفاسدة لا يسامح فيها وإنما يسامح باليسير في الصحيحة، فكلام بعض القرويين موافق لكلام اللخمي فإنه قال بعد أن تكلم على المدة الطويلة: ولو اشتركا على العفو عن مثل ذلك كانت شركة فاسدة، ولو فسدت الشركة بينهما من غير هذا الوجه لكان التراجع بينهما في قريب ذلك وبعيده انتهى. ولم أقف على القول بلغو اليومين في الفاسدة بعد مراجعة اللخمي وابن يونس وأبي الحسن والرجراجي والذخيرة وابن عرفة، ولم يذكر هذه المسألة في التوضيح، ولعل المصنف أراد أن يقول: وهل يلغى اليومان كالقصيرة تردد، ويكون مراده وهل يلغى اليومان من المدة الطويلة كما يلغيان في المدة القصيرة وهو الذي يقوله بعض القرويين، أو لا يلغيان. وهو الذي نسبه أبو الحسن الصغير للخمي والله أعلم. وأما قوله: «ككثير الآلة» فيشير به المصنف إلى أن الشركة كما تفسد بشرط إلغاء المدة الكثيرة، فكذلك تفسد الشركة إذا أخرج أحدهما الآلة الكثيرة من عنده، يريد ولو كان بغير شرط. واحترز بذلك من يسير الآلة فإنه إذا تفضل به أحدهما لا تفسد الشركة، وما ذكرنا من فساد الشركة بالآلة الكثيرة ولو كان بلا شرط هو الموافق لما في المدونة، وبه فسر الشارح كلام المصنف وقيده البساطي بالشرط وهو مخالف للمدونة قال فيها: وإن تطاول أحد القصارين على صاحبه بشيء تافه من الماعون لا قدر له في الكراء كالقصرية

وَبِاشْتِرَاكِهِمَا بِالذِّمَمِ أَنْ يَشْتَرِيَا بِلاَ مَالٍ، وَهُوَ بَيْنَهُمَا،

والمدقة جاز ذلك، وأما إن تطاول أحدهما على صاحبه بأداة لا يلغى مثلها لكثرتها لم يجز حتى يشتركا في ملكها ويكتري من الآخر نصفه انتهى.

قلت: وانظر إذا تطوع بها أحدهما بعد العقد فالظاهر الجواز والله أعلم. والقصرية قال الشيخ أبو الحسن: هي الصحفة التي يغسل فيها الثياب والمدقة، قال في التنبيهات: بضم الميم والدال وبكسر الميم وفتح الدال وهي الإرزبة بكسر الهمزة التي يكمد بها الثياب انتهى. ويقال فيها مِرزبة بكسر الميم والتخفيف وتشدد مع الهمزة، والأداة بفتح الهمزة الآلة. قاله في التنبيهات والله أعلم. ص: **(وباشتراكهما بالذمم أن يشتريا بلا مال وهو بينهما) ش:** أي وفسدت الشركة بسبب اشتراك المتشاركين بالذمم وتسمى شركة الوجوه، ثم فسرها بأن يشتريا بلا مال يعني أن يدخلا على أن يبيعا ويشتريا على ذمتهما فما اشتراه أحدهما كان في ذمتهما معاً. وهذا إذا لم يكن اشتراكهما في شيء معين، وأما الاشتراك في شيء معين فهو جائز. قال في أول كتاب الشركة من المدونة: ولا تجوز الشركة إلا بالأموال وعلى عمل الأبدان إذا كانت صنعة واحدة، فأما بالذمم بغير مال على أن يضمنا ما ابتاع كل واحد منهما فلا يجوز، كانا في بلد واحد أو بلدين، يجهز كل واحد منهما على صاحبه تفاوضاً كذلك في تجارة الرقيق وفي جميع التجارات أو بعضها. وكذلك إن اشتركا بمال قليل على أن يتداينا لأن كل واحد يقول لصاحبه تحمل عني بنصف ما اشتريت على أن أتحمل عنك بنصف ما اشتريت إلا أن يجتمعا في شراء سلعة معينة حاضرة أو غائبة فيبتاعاها بدين فيجوز ذلك إذا كانا حاضرين لأن العقدة وقعت عليهما، وإن ضمن أحدهما صاحبه فذلك جائز انتهى. وقد أشار المصنف إلى هذا في باب الضمان حيث قال: إلا في اشتراء شيء بينهما. وقوله في المدونة: «وكذلك إن اشتركا بمال قليل الخ» قال أبو الحسن: ليس بشرط قال فيما يأتي: وأكره أن يخرجا مالاً على أن يتجرا به وبالدين مفاوضة، فإن فعلا فما اشترى كل واحد منهما فبينهما وإن جاوز رأس مالهما انتهى. والمراد بالكراهة المنع. وقول المصنف: «وهو بينهما» بيان

شريك المال وقد قال مالك: إذا مرض أحد شريكي عمل الأبدان أو غاب وطال وشح شريكه فله عمله قال: وأما في شركة الأموال فله نصف أجرة على صاحبه لا الفضل إنما جره المال. وانظر مسألة تعم بها البلوى بالنسبة للشركاء في الحرارة يستخدمون الصناع فيغيب بعض الصناع ويكون أحدهما بحكم تلك الصنعة فيخدم عن صانع ويأخذ أجراً، أما إن شرطوا هذا في عقد الشركة فلا يجوز. قال في الاستغناء: إن اشتركا شركة صحيحة على أن يعملا جميعاً ثم استأجر أحدهما صاحبه ليتجر بنصيبه جاز إذا كان بمعنى أن يقسم متى أحب، وأما إن عقدا الشركة والإجارة معاً فلا يجوز **(وباشتراكهما بالذمم أن يشتريا بلا مال وهو بينهما)** تقدم هذا عند قوله: «لا الشراء به» **(وكبيع**

وَكَبَيْعِ وَجِيهٍ مَالَ خَامِلٍ بِجُزْءٍ مِنْ رِبْحِهِ، وَكَذِي رَحًى وَذِي بَيْتٍ، وَذِي دَابَّةٍ لِيَعْمَلُوا؛ إِنْ لَمْ يَتَسَاوَ الْكِرَاءُ وَتَسَاوَوْا فِي الْغَلَّةِ، وَتَرَادُّوا الأَكْرِيَةَ،

للحكم بعد الوقوع كما قال ابن غازي. قال في التوضيح في قول ابن الحاجب: ولو باع واشترى بنسيئة الخ بعد ذكر كلام المدونة. قال أصبغ: وإذا وقعت بالذم فمااشتريا بينهما على ما عقدا وتفسخ الشركة من الآن. أبو الحسن: والفسخ دليل على أن المراد بالكراهة المنع انتهى. فمعنى قول المصنف: «وهو بينهما» أي وما اشترياه فهو بينهما على ما دخلا عليه على المشهور. وقال سحنون: من اشترى شيئاً فهو له والله أعلم.

فرع: قال في سماع عيسى من كتاب الشركة في الرجل يقول لصاحبه اقعد في هذا الحانوت تبيع فيه وأنا آخذ المتابع بوجهي والضمان عليّ وعليك قال: الربح بينهما على ما تعاملا عليه ويأخذ أحدهما من صاحبه أجرة ما يفضله به في العمل. ابن رشد: وهذا كما قال، لأن الربح تابع للضمان إذا عملا بما تداينا به كما هو تابع للمال بما أخرجه كل واحد منهما من المال.

فرع: قال في المدونة: وإن أقعدت صانعاً في حانوت على أن تنقل عنه المتاع ويعمل هو فما رزق الله بينكما نصفين لم يجز انتهى. قال في سماع عيسى من كتاب الشركة قبل الكلام المتقدم في رجل قال لرجل اقعد في حانوت وأنا آخذ لك متاعاً تبيعه ولك نصف ما ربحت أو ثلثه، لم يصلح ذلك فإن عملا عليه كان للذي في الحانوت أجرة مثله ويكون الربح كله للذي أجلسه في الحانوت، ابن رشد: وهذا كما قال، لأنها إجارة فاسدة من أجل أن الربح تابع للضمان، فإذا كان ضمان السلع من الذي أجلسه وجب أن يكون له جميع الربح وللعامل أجرة مثله انتهى. ص: **(وكبيع وجيه مال خامل بجزء من ربحه)** ش: هذا تفسير ثانٍ لشركة الذمم. ص: **(وكذي رحى وذي بيت وذي دابة ليعملوا إن لم يتساو الكراء وتساووا في الغلة وترادوا الأكرية)** ش: أي ومما يشبه ما تقدم في الفساد أن يشترك ثلاثة: أحدهم صاحب رحا، والآخر صاحب بيت، والآخر صاحب دابة على أن يعملوا، وكراء كل واحد من الرحا والبيت والدابة غير متساوٍ، وشرطوا أن يتساووا في الغلة فإن وقع ذلك فالحكم أن يتساووا في الغلة لأن رأس مالهم عمل أيديهم وقد تكافؤا فيه ويترادون في الأكرية فمن له فضل رجع به على صاحبه. وأشار بهذا إلى مسألة المدونة ونصها: وإن اشترك ثلاثة: أحدهم

وجيه مال خامل بجزء من ربحه) ابن شاس: شركة الوجوه لا تصح، وفسرها بعض أهل العلم أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح فيكون له بعضه. وقال أبو محمد: هي أن يشتركا على الذمم دون مال ولا صنعة على ما اشترياه يكون في ذمتهما وربحه بينهما وكلاهما لا يجوز **(وذي رحاً وذي بيت وذي دابة ليعملوا إن لم يتساو الكراء وتساووا في الغلة وترادوا الأكرية وإن اشترط عمل**

وَإِنِ اشْتُرِطَ عَمَلُ رَب الدَّابة: فَالْغَلَّةُ لَهُ، وَعَلَيْهِ كِرَاؤُهُمَا،

برحا، والآخر بدابة، والآخر ببيت، على أن يعملوا بأيديهم والكسب بينهم أثلاثاً فعملوا على ذلك وجهلوا أن ذلك لا يجوز، فإن ما أصابوه يقسم بينهم أثلاثاً إن كان كراء البيت والرحا والدابة معتدلاً وتصح الشركة لأن كل واحد أكرى متاعه بمتاع صاحبه. ألا ترى أن الرحا والبيت والدابة لو كان ذلك لأحدهم فأكرى ثلثي ذلك من صاحبيه وعملوا جازت الشركة، وإن كان كراء ما أخرجوه مختلفاً قسم المال بينهم أثلاثاً لأن رؤوس أموالهم عمل أيديهم وقد تكافؤوا فيه ويرجع من له فضل كراء على صاحبه فيترادون ذلك بينهم وإن لم يصيبوا شيئاً، لأن ما أخرجوه مما يكرى قد أكري كراء فاسداً ولم يتراجعوا في عمل أيديهم لتساويهم فيه انتهى. فظاهرها أن الشركة لا تجوز ابتداء حتى يكري أحدهما نصيبه بنصيب صاحبه لكنها إن وقعت صحت إذا تساوت الأكرية، وعليه حملها أبو محمد وغيره. وتأول سحنون المدونة على أنها إنما تمتنع إذا كان كراء هذه الأشياء مختلفاً واحتج بقوله: «وتصح الشركة» لأن كل واحد أكرى متاعته بمتاع صاحبه. وقال أبو محمد: معنى قوله: «تصح» أنها تؤل إلى الصحة لا أنها تجوز ابتداء. وعلى تأويل سحنون مشى المصنف لأن مفهوم الشرط أعني قوله: «إن لم يتساو الكراء» يقتضي أنه إذا تساوى الكراء جازت. وقول المصنف: «وتساووا في الغلة» قابل لأن يكون بياناً لفرض المسألة أو تقريراً لحكمها بعد الوقوع كما قال ابن غازي، وصفة التراد ذكرها ابن يونس عن ابن أبي زيد ونقلها أبو الحسن ونقلها الشارح في الكبير. ص: **(وإن شرط عمل رب الدابة فالغلة له وعليه كراؤها)** ش: هذا قول ابن القاسم في المدونة، ولا خصوصية لرب الدابة وإنما ذكره المصنف لأنه فرضها في المدونة كذلك. وقد قال اللخمي: وكذلك إن كان العامل صاحب الرحا، فعلى قول ابن القاسم يكون له ما أصاب وعليه إجارة المثل للآخرين وليس هذا بالبين وأرى أن يكون كل ما أصيب مفضوضاً على قدر إجارة الرحا

رب الدابة فالغلة له وعليه كراؤهما) تقدم عند قوله: «وبعين وبعرض» أن هذه المسألة أجازها سحنون، وجعل ابن رشد منعها ابن القاسم معارضاً لإجازته الشركة بالعرضين من صنفين ولإجازته أن يشتركا ثلاثة يخرج أحدهم الأرض والآخر البقر والآخر العمل. قال: إذا تساوى الكراء وتساووا في إخراج الزريعة جاز. وتقدم نص المتيطي في ذي الرحا وذي البيت وذي الدابة إن أكرى بعضهم من بعض جازت شركتهم. ونص المدونة قال ابن القاسم: إذا اشترك ثلاثة نفر أتى أحدهما برحا والآخر بدابة والثالث بالبيت، وعلى أن يعملوا بأيديهم والكسب بينهم أثلاثاً، فعملوا على ذلك وجهلوا أنه لا يجوز، فإن ما أصابوا يقسم بينهم أثلاثاً إن كان كراء الدابة والبيت والرحا معتدلاً وتصح الشركة، لأن كل واحد منهم أكرى متاعه بمتاع صاحبه. ألا ترى أن الرحا والدابة والبيت لو كان ذلك أحدهم فأكرى ثلثي ذلك من صاحبيه وعملوا جازت الشركة. قال: وإن كان كراء ما أخرجوه مختلفاً قسم المال بينهم أثلاثاً، لأن رؤوس أموالهم عمل أيديهم وقد تكافؤا فيه ويرجع من له فضل كراء على

وَقُضِيَ عَلَى شَرِيكٍ فِيمَا لاَ يَنْقَسِمُ أَنْ يُعَمِّرَ أَوْ يَبِيعَ:

والدابة، فما ناب الرحا من العمل رجع عليه العامل فيه بإجارة مثله لأن صاحب الرحا لم يبع منافعهما من العامل وإنما قال له آجرها ولك أجر ما تؤاجرها به فإنما يؤاجرها على ملك صاحبها ثم يغرمان جميعاً أجرة البيت انتهى. وكذلك إذا كان العامل رب البيت وهو ظاهر لأن الغلة تابعة للعمل في هذا الباب والله أعلم. ص: **(وقضي على شريك فيما لا ينقسم أن يعمر أو يبيع)** ش: تصوره ظاهر من كلام الشارح وابن غازي، ويستثنى من ذلك العين أو البئر تكون مشتركة قد قسمت أراضيها ولم يكن عليها زرع ولا شجر مثمر يخاف عليه، فإنه لا خلاف أن الآبي من العمل لا يلزم به ويقال لصاحبه اعمل ولك الماء كله وما زاد بعملك إلى أن يأتيك صاحبك الآبي بما يصيبه من النفقة، قاله ابن رشد في أول كتاب السداد. قال ابن يونس: ظاهر كلام سحنون أنه يجبر على أن يعمل أو يبيع ممن يعمل وإن كان مقسوماً انتهى.

أصحابه فيترادّون شيئاً فيما بينهم وإن لم يصيبوا ذلك لأن ما أخرجوه مما يكرى وقد اكتري كراء فاسداً ولم يتراجعوا في عمل أيديهم لتساويهم فيه فجعلت ذلك كرؤوس أموالهم. أبو محمد: فلو كان كراء البيت ثلاثة والدابة درهمين والرحا درهماً لدفع صاحب الرحا لصاحب البيت درهماً، لأن جميع الكراء ستة فلصاحب الدابة كراء دابته درهمان فلا شيء له ولا عليه. وانظر هنا مسألة في شركاء الأبدان إذا عقدا الشركة بينهما على أن يعمل هذا يوماً وهذا يوماً في هذا خلاف، والمشهور أن ذلك لا يجوز، فإن تراضيا بعد الشركة أن يرعى هذا شهراً وهذا شهراً جاز، وكذا معلمو الصبيان. وانظر أيضاً ها هنا مسألة أخرى. قال ابن عرفة: اختلف في كون تصرف أحد الشريكين كغاصب أم لا. سمع ابن القاسم: ليس لأحد مالكي عبد ضربه بغير إذن شريكه، وإن فعل ضمنه إلا في ضرب أدب. وقال سحنون: يضمنه مطلقاً. قال ابن رشد: رأى مالك شركته شبهة تسقط الضمان في ضرب الأدب وهو الأظهر من قول سحنون، لأن ترك ضربه أدباً يفسده. وانظر زرع أحد الشريكين وبناءه في أرض بينهما بغير إذن شريكه في كونه كغاصب يقلع زرعه وبناءه أم لا لشبهة الشركة. انظره فيه أول صفحة من الشركة. ومن نوازل البرزلي قال أبو حفص: إذا زرع أحد الورثة قدر حظه من الأرض لا كراء عليه لأنه إنما زرع قدر حصته بخلاف مركب بينهم لأن راكبه سافر به، وليس على شريكه أن يسافر مركبه بغير كراء والأرض هي على حالها. البرزلي: وكذا يلزم في الدار أنها على حالها بخلاف المركب اهـ. ويظهر من البرزلي أنه رجع هذا على فتيا السيوري في امرأة لها شقص بدار بقيت بتلك الدار تسكنه وحدها فقام عليها من له البقية بكراء حظه فقالت: إنما سكنت قدر حظي. فقال السيوري: عليها الكراء. وانظر أيضاً من هذا المعنى مسألة البئر تكون بين الشريكين فتنهار والعين فتنقطع فيعمل فيها أحدهما ويأبى شريكه أن يعمل فإن جميع الماء يكون للذي عمل وإن كان فيه فضل، ولا شيء منه لشريكه حتى يعطيه شريكه نصف ما أنفق **(وقضي على شريك فيما لا ينقسم أن يعمر أو يبيع)** تبع خليل في هذا الفصل ابن الحاجب وكثيراً ما هو يتبع ابن شاس، وهذا الفصل في ابن شاس في كتاب الصلح إذ جعلهما فصلين: الفصل الثاني في التزاحم على الحقوق في الطرق

....

بالمعنى. وهو مخالف لما حكاه ابن رشد من الاتفاق. ثم قال ابن رشد: وأما إذا كان عليها زرع أو شجر فقال ابن القاسم: ذلك كما إذا لم يكن عليها شيء. وقال ابن نافع والمخزومي: إن الشريك في العين أو البئر يجبر على أن يعمر معه أو يبيع نصيبه ممن يعمر كالعلو يكون لرجل والسفل لآخر فينهدم وهو تنظير غير صحيح إذ لا يقدر صاحب العلو أن يبني علوه حتى يبني صاحب السفل سفله ويقدر الذي يريد السقي بماء البئر المشتركة بينهما إذا انهدمت أن يصل إلى ما يريد من السقي بأن يصلح البئر فيكون أحق بجميع الماء إلى أن يأتيه صاحبه بما ينوبه من النفقة: فقول ابن القاسم أصح من قول ابن نافع والمخزومي والله أعلم انتهى. وقد نص في حريم البئر من المدونة على أن من عمر أحق بالماء ونصها: وإذا كانت بئر بين رجلين فانهارت أو عين فانقطعت فعملها أحدهما وأبى الآخر أن يعمل، لم يكن للذي لم يعمل من الماء قليل ولا كثير وإن كان فيه فضل إلا أن يعطي شريكه نصف ما أنفق. وإذا احتاجت بئر أو قناة بين شركاء لسقي أرضهم إلى الكنس لقلة مائها فأراد بعضهم الكنس وأبى الآخرون وفي ترك الكنس ضرر على الماء وانتقاص والماء يكفي أو لا يكفي إلا الذين شاؤا الكنس خاصة، فللذين شاؤا الكنس أن يكنسوا ثم يكونوا أولى بالذي زاد في الماء كنسهم دون من لم يكنس حتى يؤدوا حصتهم من النفقة فيرجعوا إلى أخذ حصتهم من جميع الماء، وكذلك بئر الماشية إذا قل ماؤها فأراد بعضهم الكنس وأبى الآخر فهي كبئر الزرع، فإن كنسه بعضهم كان جميعهم في ما كان من الماء قبل الكنس على قدر حقوقهم فيه، ثم يكون الذين كنسوا أحق بما زاد الماء بكنسهم، فإذا رووا كان الناس وأباة الكنس في الفضل سواء حتى يؤدوا حصصهم من النفقة، فإذا أرادوا كان جميع الماء بينهم على قدر ما كان لهم ثم الناس في الفضل سواء انتهى. فعلم أن مذهب المدونة في البئر والعين عدم الجبر على أن يعمل أو يبيع ممن يعمل، وبهذا فارقت هذه المسألة مسألة الرحا الآتية فإن الآبي من العمل يجبر على أن يعمر أو يبيع ممن يعمر والله أعلم.

فروع: الأول: إذا كان أحد الشريكين غائباً فإن القاضي يحكم على الغائب بالبيع إن لم يجد له من ماله ما يعمر به نصيبه. نقله البرزلي في أوائل القسم.

الثاني: إذا كان المشترك لا يقبل القسمة كالفرن ثم إنه خرب حتى صار أرضاً يقبل القسمة فإنه يقسم. قال البرزلي في القسمة عن بعض فقهاء الإسكندرية: إذا صارت الأرض براحاً كما كانت قبل بنائها فرناً صار حكمها حكم الأرض بحيث لو طلب أحد الشريكين من شريكه بناءها فرناً لم يحكم عليه لدعائه إلى بناء عرصة تقسم، فإذا قسمت فعلى كل واحد في نصيبه ما أحب، فإذا رفع الأمر للقاضي بسبب القسمة على الغائب فهو الواجب، فإن لم ينقسم فيجب الحكم بالبيع على الغائب إن لم يجد من ماله ما يعمر به نصيبه. ثم ذكر البرزلي كلاماً في القسمة هل يشترط أن يحصل لكل واحد ما ينتفع به على حد ما

كان ينتفع به أو لا، وأطال في ذلك ومحله كتاب القسمة.

الثالث: قال ابن سهل في أحكامه في أوائل كتاب الدعاوى في دار بين ورثة ليسكنها بعضهم وباقيهم يسأل إخلاءها لبيعها ودعا ساكنيها إلى غرم كرائها على الإباحة للتسويق. فأفتى ابن عتاب: إذا لم تحمل القسمة فإنها تخلى من جميعهم لتسوق خالية إلا أن يوجد من يكتريها من غير الورثة على شرط التسويق فتكرى منه إذا أمن منه الميل إلى بعض الورثة ولم يكن من ناحية أحدهم ولا من سببهم. وأجاب ابن القطان: بقاء الدار هكذا ضرر على من يذهب إلى الارتفاق بنصيبه إن كانت داراً يكرى مثلها، فوجه العمل أن يقال لهم: إن اتفقتم الآن على التقاوم في الكراء إلى أن ينفذ البيع فيها فتقاوموها ثم يسكنها من أراد، وإن أبيتم أخليت منكم ثم أشيدت للكراء كما تشاد للبيع، فإذا بلغ كراؤها ثمناً ما كان لمن أراد السكنى أن يضم حصص أصحابه بما بلغت ويسكن إلا أن يزيد عليه من يشركه فالزائد أحق والإشادة للكراء على شرط التسويق للبيع إلا أن يثبت في ذلك ضرر من الساكن فيها من الورثة يخل بالبيع، فإن أثبت أكريت من غيره، وإن أثبت أن التسويق للبيع خالية أفضل وأوفر للثمن أخليت. وأجاب ابن مالك: إن كانت الدار لا تحمل القسمة فلا أجد فيما أظهر الله لي من العلم على مذهبنا إلا ما قاله ابن القطان. أعرف أنه الحاصل من مذهبنا كما يعرف الناس أبناءهم. قال ابن سهل: كان جواب ابن عتاب مقنعاً لو كان إنصاف وائتلاف ولم يكن تنافر ولا اختلاف، وإليه يرجع ما أطال فيه ابن القطان الكلام انتهى. وقوله: «على الإباحة» أي إباحة نظرها لمن يريد شراءها وفهم من ذلك أنهم لو لم يريدوا بيعها لكان الحكم أن يتقاوموا كراءها فتأمله، وإن كان ذلك حبساً فقال في سماع سحنون من كتاب الحبس من العتبية: وإن كانت الدار واسعة فقال الأغنياء نحن لا نحتاج للسكنى ولكن ينظر إلى قدر ما يصير لنا من السكنى فنسكنه من أحببنا أو نكريه لهم. قال ابن رشد: فإن استووا في الفقر والغنى ولم تسعهم السكنى أكرى ذلك عليهم وقسم الكراء بينهم شرعاً سواء إلا أن يرضى أحدهم أن يكون عليه ما يصير لأصحابه من الكراء ويسكن فيها فيكون ذلك له. قاله ابن المواز انتهى.

الرابع: قال اللخمي في أوائل كراء الدور: وإن كانت الدار شركة فأكرى أحدهما نصيبه بغير إذن شريكه فلم يجز ذلك، ودعا إلى البيع كان ذلك له إذا كانت لا تنقسم، وإن لم يدع إلى البيع ورضي ببقاء الشركة وطلب الأخذ بالشفعة وكان الكراء في نصف شائع فاختلف في ذلك؛ فقال مالك مرة: لا شفعة فيه. ومرة قال: فيه الشفعة. وهذا إذا كانت الدار تحمل القسمة وأراد الشريك أن يأخذ بالشفعة ليسكن، وإن أراد ذلك ليكريه لم يكن ذلك له وهو بمنزلة من يأخذ الشفعة ليبيع. وكذلك الحانوت يكون بين الشريكين فيكري أحدهما نصيبه شائعاً فلا شفعة للآخر إذا كان لا يحمل القسمة وكان يأخذ بالشفعة ليكري، وإن كان يحمل

....

القسمة وأراد أن يأخذ بالشفعة ليجلس فيه للبيع جاز، فإن كان يكريه ممن يجلس فيه معه لم يكن ذلك له انتهى.

الخامس: قال ابن يونس في أواخر كتاب الرواحل في الكلام على كراء السفن من العتبية: قال سحنون في رجلين لهما سفينة فأراد أحدهما أن يحمل في نصيبه متاعاً وليس لصاحبه شيء يحمله، فقال الذي ليس له شيء للآخر لا أدعك تحمل فيها شيئاً إلا بكراء، وقال الآخر إنما حمل في نصيبي قال: فله أن يحمل في نصيبه ولا يقضي لشريكه عليه بكراء، فإما أن يحمل مثل ما حمل صاحبه من الشحنة والمتاع وإلا بيع المركب عليهما انتهى. ونقله اللخمي وزاد بعده: ولو أوسق أحدهما ولم يجد الآخر ما يوسق لكان لهذا أن يسافر بالمركب ولا مقال لشريكه عليه في كراء ولا بيع، لأن وسقه بحضرة صاحبه وذلك رضا بتسفيره تلك الطريق. ولو كان غائباً حين أوسق فلما قدم أنكر ولم يجد كراء لكان له أن يدعوه إلى البيع على أنه لا يوسق فيه، فإن صار لمن أوسقه أقر وسقه إن شاء، وإن صار للغائب أو لأجنبي أمر أن يحط وسقه إلا أن يتراضوا على كراء فيترك، وهذا إذا كان يتوصل إلى معرفة حال المركب تحت الماء انتهى. ونقله ابن عرفة بكماله في كراء السفن. وقال ابن رشد في نوازله في مسائل الشركة: وقد سئل عن مركب بين رجلين أراد أن يسافر أحدهما في حصته إلى العدوة وليس للآخر ما يحمل في نصفه ولا وجد من يكريه، فهل له نصف ما حمل شريكه من الكراء؟ فأجاب: للذي لم يجد ما يحمله في نصيبه أن يأخذ شريكه بحصته من الكراء، وله منعه من السفر حتى يعامله على ذلك أو ينفصلا من المركب ببيعه وقسمة ثمنه. وذكره البرزلي في أثناء مسائل المزارعة وقال بعده: قلت: والدواب والعبيد حكمهما حكم المركب. وذكر عن أبي حفص مثل كلام ابن رشد، وذكر كلام ابن يونس في أواخر مسائل الإجارة. والظاهر أنه لا معارضة بين كلام ابن رشد وبين ما ذكره ابن يونس واللخمي، لأن حاصل كلامهم أنه لا يقضي للشريك الذي لم يجد ما يحمله بكراء على الآخر ولا يمنعه من السفر مطلقاً، ولا يقضي للآخر بأن يسافر به مطلقاً، بل إما أن يتراضيا على كراء أو شيء وإلا بيع المركب عليهما والله أعلم. وذكر البرزلي في مسائل المزارعة مسألة زرع أحد الشركاء في بعض الأرض بغير إذن شريكه، وذكرها في البيان في كتاب الاستحقاق وفي كتاب الشركة، وذكر في سماع عيسى من كتاب الشركة إذا كان الشريك حاضراً فإنه يحلف بالله ما كان تركه إياه رضا منه بذلك ونقله في النوادر.

والحيطان والسقوف. ابن عرفة: إن دعي أحد شريكي ما لا ينقسم لإصلاحه أمر به، فإن أبى فلابن رشد عن سماع يحيى بن القاسم يجبر على بيعه ممن يصلحه، وعن مالك في هذا السماع أيضاً أن القاضي يبيع عليه من حظه بقدر ما يلزمه من العمل فيما بقي من حظه بعد ما بيع عليه منه. ابن رشد:

كَذِي سُفْلٍ؛ إِنْ وَهي وَعَلَيْهِ التَّعْلِيقُ وَالسَّقْفُ،

فرع: قال ابن يونس في كتاب الرواحل في مركب بين رجلين نصفين، خرب أسفله حتى لا ينتفع به فأصلحه أحدهما بغير إذن شريكه، فطلب من شريكه نصف النفقة فأبى قال لأنك أنفقت بغير إذني قال: فالشريك بالخيار إما أن يعطيه نصف ما أنفق ويكون المركب بينهما، أو يأخذ من شريكه نصف قيمته خراباً إن شاء ذلك شريكه، فإن أبيا فالمركب بينهما يكون للذي أنفق بقدر ما زادت نفقته فيه مع حصته الأولى مثل أن يكون قيمته خراباً مائة وقيمته مصلوحاً مائتين فيكون للذي عمل ثلاثة أرباعه ولشريكه ربعه. ابن يونس: والذي أرى أن يكون شريكه مخيراً بين أن يعطيه الأقل من نصف ما أنفق ومن نصف ما زادت نفقته في المركب ويكونا شريكين فيه بقدر ما زادت نفقته فيه، لأن له أن يقول له: بعه الآن وخذ ما زادت نفقتك في المركب، فلما كان له ذلك كان له أن يعطيه نصف ما زادت نفقته ويكون المركب بينهما، وله أن يعطيه نصف ما أنفق إذا كان ذلك أقل انتهى. ونقل اللخمي كلام أبي محمد ولم يزد عليه شيئاً. وقال بعده: ومثله إذا كانت داراً لا تنقسم وأصلحها أحدهما بغير إذن شريكه يكون شريكاً بما زادت النفقة، ولو كانت تنقسم لكان الجواب على ما قال عبد الملك في الأرض يبني فيها أحد الشريكين قبل القسم أنها تقسم، فإن وقع البناء في حق من لم يبن أعطاه قيمته منقوضاً، وإن وقع لمن بناه كان له مسلماً انتهى. ونقل ابن عرفة كلام أبي محمد عن ابن يونس وعن اللخمي ولم يذكر ما اختاره ابن يونس من نفسه، وما قاله ظاهر والله أعلم.

فرع: قال ابن فرحون في آخر باب القسمة من الفصل التاسع من القسم الثالث: والأشياء التي لا تنقسم أو في قسمها ضرر يجبر على البيع من أباه إذا طلب البيع أحدهما وإنما جبر على البيع من أباه دفعاً للضرر اللاحق للطالب، لأنه إذا باع نصيبه مفرداً نقص ثمنه، وإذا قلنا يجبر من أبى البيع فإنه إذا وقف المبيع على ثمن وأراد طالب البيع أخذه بما وقف عليه لم يمكن من ذلك، لأن الناس قد يتحيلون بطلب البيع إلى إخراج الناس عن أملاكهم، وأما إن طلب الشراء من آبي البيع فله ذلك انتهى. وانظر هل يجري ذلك هنا فيمن امتنع من العمارة فيما لا ينقسم وقلنا: إنه يجبر على بيع جميع ما يخصه أنه ليس لمن أراد العمارة أن يشتري نصيب شريكه للعلة المذكورة، أو يفرق في ذلك بين من يفهم منه إرادة ذلك وبين غيره؟ فتأمله والله أعلم. ص: **(كذي سفل إن وهي وعليه التعليق والسقف)** ش: قال في رسم صلى نهاراً من سماع ابن القاسم من الأقضية في المنزل بين الرجلين لأحدهما العلو وللآخر السفل،

وفي المدونة دليل على هذا القول. ابن عرفة: لا أعرفه **(كذي سفل إن وهي)** من المدونة قال ابن القاسم: إذا كانت دار بين قوم وفيها بيوت وساحة ولها غرف وسطوح بين يديها فقسموا البناء على القيمة وأبقوا الساحة، فإن السطح يقوم مع البناء تقوم الغرفة بما بين يديها من المرفق، ولصاحب العلو أن

وَكَنْسُ مِرْحَاضٍ

فينكسر سقف البيت الأسفل: إن عليه إصلاحه، وكذلك لو انهدم جداره الأسفل كان عليه أن يبنيه حتى يسقفه. ابن رشد: هذه مسألة صحيحة مثل ما في المدونة وغيرها. ولا اختلاف أعلمه فيها. والدليل على صحتها قوله تعالى: ﴿ولولا أن يكون الناس أمة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقفاً من فضة﴾ [الزخرف: ٣٣]. فلما أضاف السقف إلى البيت وجب أن يحكم بالسقف لصاحب البيت إذا اختلف فيه مع صاحب الأعلى فادعاه كل منهما لنفسه، وإن لم يحكم عليه أنه له فيلزم بناؤه إذا بناه كل منهما لنفسه، وإن لم يحكم عليه أنه

يرتفق بساحة السفل كارتفاق صاحب السفل ولا مرفق لصاحب الأسفل في سطح الأعلى إذ ليس من الأقبية، ويضيف القاسم قيمة خشب السطح والغرف مع قيمة البيت الذي تحت ذلك ومارث من خشب العلو الذي هو أرض الغرف والسطح فإصلاحه على رب الأسفل وله ملكه كما عليه إصلاح ما وهي ورث من جدرات الأسفل. وإذا سقط العلو على الأسفل فهدمه جُبر رب الأسفل على أن يبنيه أو يبيع ممن يبنيه حتى يبني رب العلو علوه، فإن باعه ممن يبنيه فامتنع من بنائه جبر المبتاع أيضاً أن يبنيه أو يبيع ممن يبنيه. ابن يونس: قيل: إن كان له مال جبر على بنائه لأنه حق لصاحب العلو وفي تربصه للبيع ضرر عليه **(وعليه التعليق)** ابن شعبان: إذا خيف سقوط السفل فقيل: إن تعليق الأعلى على صاحب الأسفل لأن عليه حمله بالبناء وبهذا أقول، إلا أن يهدمه من غير حاجة. وقيل: إن تعليقه على الأعلى **(والسقف)** من المدونة: ما رث من خشب العلو انظرها عند قوله: «كذي سفل» **(وكنس مرحاض)** أشهب: كنس بئر المرحاض على صاحب السفل لأن بئره، ولصاحب العلو أن يلقي فيه سقاطته وأن يرتفق به فهو كسقف السفل. ولابن القاسم نحوه انتهى من ابن يونس. وذكر ابن رشد قولاً آخر أنه عليهما بقدر الجماجم. قال: وعليهما الخلاف في كنس كنيف الدار المكراة، رُوي عن ابن القاسم أنه على ربها، ورُوي عنه أيضاً أنه على المكتري، وفي المدونة دليل على القولين اهـ. انظر هذا مع قولهم: «إذا وقعت في بئر الدار المكتراة فأرة أو ماتت به أو هر أوغيره أن تنقية البئر على رب الدار، لأن البئر من منافع الدار فعليه إصلاحها، ومن الكافي: من كان له مسيل ماء على سطح رجل فانهدم فإصلاح السطح على ربه، وليس على صاحب المسيل شيء من نفقته. ومن كان له شرب في بستان رجل فاحتاجت ساقيته أو نهره إلى تنقيته فتنقية ذلك على صاحب الملك والشرب جميعاً منه. وانظر أيضاً قد ذكروا الخلاف في الدابة تدخل دار رجل فتموت، والمشهور أن إخراجها على رب الدار. انظر بعد هذا قبل قوله: «وبهدم بناء». وانظر مسألة من هذا النوع القناة تنسد في أولها قالوا: الأولون يكنسون أولاً ولا كنس على من بعدهم، وإن انسدت من آخرها كنس الأولون مع الآخرين. قال ابن يونس: هذا إنما يصح في قنوات المراحيض لأنها إذا انسدت في أولها وكان باقيها غير مسدود فالضرر إنما يقع على الأولين إذ لا منفذ لجري مائهم وأثفالهم، وأما من بعدهم فلا سد في مجراهم ولا ضرر يلحقهم. وإذا انسدت في آخرها فالضرر يلحقهم أجمعين لأنها إذا انسدت على الآخرين طلع السد إلى الأولين فأضر بجميعهم، وأما سواقي السقي والمطاحن فإذا انسدت في أولها وخربت

لاَ سُلَّمٍ، وَبِعَدَمِ زِيَادَةِ الْعُلُوِّ، إِلاَّ الْخَفِيفَ وَبِالسَّقْفِ لِلأَسْفَلِ، وَبِالدَّابَّةِ لِلرَّاكِبِ، لاَ مُتَعَلِّقٍ بِلِجَامٍ،

له فيلزم بناؤه إذا نفاه كل واحد منهما عن نفسه وادعى أنه لصاحبه ليوجب عليه بنيانه انتهى.

فرع: إذا كان سبب الانهدام وهاء العلو، فإن كان صاحب السفل حاضراً عالماً ولم يتكلم لم يضمن صاحب العلو. واختلف إذا كان صاحب السفل غائباً، فإن كان وهاء العلو مما لا يخفى سقوطه هل يضمن أو لا يضمن؟ لأنه لم يتقدم إليه اللخمي والأول أحسن، وإن تقدم إليه ولم يفعل ضمن اتفاقاً، وكذلك إن كان سبب الانهدام وهاء السفل وصاحب العلو حاضر ولم يتكلم ولم يتقدم إليه أو كان غائباً. انتهى من التوضيح ونقله ابن عرفة.

تنبيه: قال الشيخ زروق في شرح قول الرسالة: وتعليق الغرف عليه المراد بالتعليق حمله على خشب ونحوها والغرف جمع غرفة وهي ما له نفع من بيوت المنزل، ومعنى وهي ضعف ضعفاً شديداً انتهى. **ص: (وبالدابة للراكب) ش:**تصوره ظاهر. فإن كان عليها راكبان وتنازعا فيها فذكر الشارح في الكبير عند قول المصنف «**ورب الدابة أولى بمقدمها**» عن المقدمات أنه يقضي بها للمقدم من الراكبين، وذكره الباجي وذكره ابن ناجي على كلام المدونة في كتاب الصلاة الأول، وقد نقلت كلامه عند قول المؤلف: «**ورب الدابة أولى بمقدمها**». **ص:**

قبل أن تصل إلى انتفاع أحد منهم فكنسها على جميعهم إذ لو لم يصلح ذلك لم يصل الماء إلى أحد منهم، فإذا بلغ الكنس إلى دار الأول وتم له الانتفاع من غير ضرر يلحقه لو لم يكنس بقيتها ارتفع الكنس عن هذا وكنس الباقون، ثم إذا تم انتفاع الثاني أيضاً ارتفع الكنس منه، ثم كذلك الثالث والرابع الخ. انظر نوازل أصبغ من السداد والأنهار **(لا سلم)** ابن عبد الحكم. قلت لابن القاسم: على من السلم؟ قال: على صاحب السفل إذا كان له علو أن يبلغ به علوه، ثم على صاحب العلو إلا على ما أدرك العلو الأول إلى علوه. قال أبو محمد: وأعرف لبعض أصحابنا أن على صاحب السفل بناء السلم إلى حد العلو إن كان، ثم علو آخر فعلى صاحب العلو الأول من بناء السلم من حد علوه إلى أن يبلغ به سقف علوه الذي عليه علو الآخر **(وبعدم زيادة العلو إلا الخفيف)** أشهب: ليس لرب العلو أن يبني على علوه شيئاً لم يكن إلا ما خف مما لا يضر برب السفل، فإن بنى مضراً قلع، ولو انكسرت خشبة من سقف العلو لم يكن له إدخال خشبة أثقل منها **(وبالسقف للأسفل)** ابن الحاجب: يعلق الأسفل العلو والسقف عليه ويحكم له به ممن تنازعاه. وسمع ابن القاسم في رجلين بينهما منزل لأحدهما علوه وللآخر أسفله فانكسر السقف الأدنى لسقف البيت قال: على رب الأسفل إصلاح خشبه وجريده. ابن رشد: مثله في المدونة ولا خلاف فيه عندي انظره عند قوله: «**كذي سفل**» **(وبالدابة للراكب لا متعلق بلجام)** ابن شاس: إذا تنازعا جداراً حائلاً بين ملكيهما فصاحب اليد منهما من كان إليه وجه الجدار أو الطاقات ومعاقد القمط أو كان له عليه جذوع من صاحبه، فإن لم يكن إلى أحدهما شيء من ذلك أو كان إليهما جميعاً فهو بينهما لأنه في أيديهما، وكذا راكب الدابة مع المتعلق بلجامها الراكب مختص باليد. **(وإن**

وَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمْ رَحًى إِذْ أَبَيَا، فَالْغَلَّةُ لَهُمْ وَيَسْتَوْفِي مِنْهَا: مَا أَنْفَقَ،

(وإن أقام أحدهم رحا إن أبيا فالغلة لهم ويستوفي منها ما أنفق) ش: هذا خلاف ما قدمه ابن الحاجب وما رجحه ابن رشد في نوازل عيسى من كتاب السداد والأنهار. ونص ابن الحاجب: وإذا انهدمت الرحا المشتركة فأقامها أحدهم إذا أبى الباقي، فعن ابن القاسم: الغلة كلها لمقيمها وعليه أجرة نصيبهم خراباً، وعنه أيضاً: يكون شريكاً في الغلة بما زاد بعمارته؛ فإذا كانت قيمتها عشرة وبعد العمارة خمسة عشر فله ثلث الغلة بعمارته والباقي بينهم. ثم من أراد أن يدخل معه فليدفع ما ينوبه من قيمة ذلك يوم يدفعه. وقيل: الغلة بينهم ويستوفي منها ما أنفق انتهى. ونص كلام ابن رشد بعد ذكره المسألة وما فيها من الخلاف فيتحصل في هذه المسألة أن فيها ثلاثة أقوال: الأول أنه يحاص بالنفقة في الغلة كانت الرحا مهدومة أو انخرق سدها. والثاني أنه لا يحاص بالنفقة في الغلة في الوجهين. والثالث الفرق بينهما وكلها مروية عن ابن القاسم، الأولان في السماع المذكور، والثالث في المبسوطة. فإذا قلت إنه لا يحاص بالنفقة في الغلة ففي حكم الغلة ثلاثة أقوال: أحدها أنها كلها تكون للعامل إلا أن يريد الشريك الدخول معه فيأتيه بما يجب عليه في ذلك ولا كراء عليه في حظ شريكه من الرحا، وهو بمنزلة البئر يغور ماؤها أو ينهدم منها ناحية فيريد أحد الشريكين العمل ويأبى صاحبه، فيقال لمن أبى اعمل معه أو بع، فإن أبى وخلى بينه وبين العمل وحده كان الماء كله للعامل حتى يدفع إليه نصيبه من النفقة، فكذلك الرحا وهو قول ابن القاسم. ووجه قوله في أنه لا كراء عليه في حظ شريكه من الرحا أن الرحا مهدومة لا كراء لها، وإنما صار لها كراء ببنائه فوجب أن لا يكون عليه في حظ شريكه كراء. والثاني أن الغلة تكون للعامل أيضاً ويكون عليه كراء حصة شريكه من الرحا، وهو قول عيسى ابن دينار. ووجهه أن الكراء فيها موجود إذا أكريت على أن تبني وقد بناها العامل وانتفع بها، فوجب أن تكون عليه حصة شريكه من الكراء وهو أظهر والله أعلم.

فليس قول عيسى بخلاف لقول ابن القاسم إلا فيما ذكر من أن يكون عليه للذي لم يبن كراء نصيبه من قاعة الرحا، لأن ابن القاسم لا يرى عليه في ذلك كراء. والثالث أن الغلة تكون بينهما فيكون للذي لم يعمل منهما بقدر قيمة حظه من الرحا على ما كانت عليه، وللذي عمل بقدر حظه منها أيضاً وبقدر عمله إلا أن يريد الشريك الدخول معه فيأتيه بالواجب عليه فيما عمل. انتهى كلامه بلفظه بتقديم وتأخير. ونقل ابن عرفة كلام العتبية وابن

أقام أحدهم رحاً إن أبيا فالغلة لهم ويستوفي منها ما أنفق) قال عيسى: إذا تهدمت الرحا المشتركة فدعا أحد الشركاء إلى عملها وأبى الباقون، فإن من أبى يجبر على أن يعمل أو يبيع ممن يعمل. قاله مالك: ولو عمل بعضهم فلما تمت وطحنت قال من لم يعمل: خذ نصف ما أنفقت وأكون معك شريكاً قال: ذلك له. فإن كان العامل قد اغتل منها غلة قبل أن يأخذ ما أنفق فقال لي ابن القاسم:

وَبِالإِذْنِ فِي دُخُولِ جَارِهِ لإِصْلاَحِ جِدَارٍ وَنَحْوِهِ،

رشد برمته وقال بعده: قلت: لا يخفى من فهم هذا التحصيل إجمال نقل ابن الحاجب، ونقل كلامه المتقدم، واعتمد المؤلف هنا على ما قاله في توضحه إثر كلام ابن الحاجب المتقدم ناقلاً له عن ابن عبد السلام، والقول الثالث مروي عن ابن القاسم أيضاً وهو قول ابن الماجشون، وبالقول الثاني قال ابن دينار: قال ابن عبد السلام: والثالث أقوى الأقاويل عندي، وفي الثاني إلزامهم الشراء منه بغير اختيارهم أو ينفرد بأكثر الغلة عنهم وهو أقوى من الأول لاستلزامه الأول الذي حجر عليهم ملكهم ولم يجعل لهم فيه إلا أجرة الخراب. فإن قيل: والثالث ضعيف أيضاً لأن متولي النفقة أخرج ما أنفق من يده دفعة واحدة ويأخذه مقطعاً من الغلة. قيل: هو الذي أدخل نفسه في ذلك اختياراً ولو شاء لرفعهم إلى القاضي فحكم عليهم بما قاله عيسى ابن دينار عن مالك: إما أن يصلحوا أو يبيعوا ممن يصلح انتهى. **ص: (وبالإذن في دخول جاره لإصلاح جدار ونحوه) ش:** يحتمل أن يعود الضمير في «نحوه» على الجدار فيكون المعنى له الدخول لإصلاح الجدار ونحو الجدار كالخشب ونحوه، وهو ظاهر كلام الشارح في الوسط. ويحتمل عوده على «إصلاح» فيكون المعنى أن له الدخول لإصلاح الجدار وكنحو إصلاح الجدار كما إذا وقع ثوب في دار جاره فإن عليه أن يأذن له في الدخول لأخذه أو يخرجه إليه، وهو الظاهر من كلام البساطي إلا أن هذا ليس خاصاً بالجار بل كل من وقع له شيء في دار رجل حكمه كذلك. قال ابن عرفة عن النوادر: لو قلعت الريح ثوب رحل فألقته في دار آخر ليس له منعه أن يدخل فيأخذه أو يخرجه له انتهى. وجعل البساطي مثل هذا إذا دخلت دابة دار رجل ولا يستطيع أخذها إلا مالكها وهو واضح. وعود الضمير على «إصلاح» أحسن لشموله لما ذكر وللأول أيضاً فتأمله. وظاهر قول المؤلف «لإصلاح» أن لا يدخل إلا إذا كان هناك ما يحتاج إلى الإصلاح ولا يدخل لتفقد جداره، وهو ظاهر كلام ابن فتوح. وقال المشاور: له ذلك. قال ابن عرفة وفي طرر ابن عات عن المشاور: لمن له حائط بدار رجل له الدخول إليه لافتقاده كمن له شجرة في دار رجل. ابن فتوح: من ذهب إلى طر حائطه من ناحية دار جاره فمنعه من ذلك نظر، فإن كان الحائط يحتاج إلى الطر كان ذلك، وإن لم يحتج كان لجاره منعه.

قلت: وهذا كالمخالف لقول المشاور له الدخول لافتقاده انتهى. وكلام المؤلف يقرب من كلام ابن فتوح، والظاهر أنه لا يخالف كلام المشاور، لأن كلامه في الجدار الذي في دار

الغلة كلها للعامل حتى يعطي قيمة ما عمل. ثم قال ابن القاسم: ما اغتل فيما أنفق فإن اغتل جميع نفقته رجع في حظه ولا شيء عليه. وانظر قبل قوله: «وقضى على شريك فيما لا ينقسم» **(وبالإذن في دخول جاره لإصلاح جدار ونحوه)** سحنون: من أراد أن ينظر حائطه من دار جاره ليس له منعه أن يدخل داره فينظر حائطه، وكذا لو قلعت الريح ثوب رجل فألقته في دار آخر لم يكن له منعه أن

وَبِقِسْمَتِهِ، إِنْ طُلِبَتْ لاَ بِطُولِهِ عَرْضاً،

الرجل ولا يمكنه أن ينظر إليه إلا من دار جاره، ويؤيده تشبيهه له بالشجرة وكلام ابن فتوح أن للرجل أن يطر جداره من جهة جاره. وقال في التوضيح تبعاً لابن عبد السلام. قال بعض أصحابنا: وليس لصاحب الجدار أن يطينه من دار جاره لأن ذلك يزيد في غلظ الجدار. زاد ابن عبد السلام: وليس له أن يعيده أغلظ مما كان في جهة الجار انتهى. ولم يذكر غيره، وقال ابن عرفة في النوادر لابن سحنون عنه في جوابه حبيباً: من أراد أن يطين حائطه من دار جاره ليس له منعه أن يدخل داره فيطين حائطه. ثم ذكر كلام ابن فتوح المتقدم ثم قال إثره ابن حارث: وقيل: ليس له ذلك لأن الطر يقع في هواء جاره إلا أن ينحت وحائطه ما يقع عليه الطر انتهى. فكان الراجح عند ابن حارث ما ذكره ابن فتوح فتأمله والله أعلم.

فرعان: الأول: قال ابن عرفة عن ابن حارث: ومن أراد أن يطين داخل داره ولجاره حائط فيها فيمنعه من ذلك لم يكن له ذلك لأن له فيه نفعاً ولا مضرة على جاره انتهى.

الثاني: قال الشيخ زروق في شرح الإرشاد عند قوله «وعليه أن يأذن له في الدخول لإصلاح جداره من جهته». يعني أن الجار يجبر على إدخال جاره لداره لإصلاح جداره من جهته لأنه حق له قالوا: وكذا لإخراج ما سقط له عنده أو يخرجه له، وليس له في الإصلاح الهدم إلا بإذنه وذكر ابن حبيب عن سحنون ليس له أن يمنع جاره الدخول ليطين جداره، وله أن يمنعه من إدخاله الجص والطين ويفتح في حائطه كوة لأخذ ذلك، انتهى بلفظه. وقال ابن فرحون في تبصرته: فإن أراد طر حائطه فذهب جاره إلى أن يمنعه من الدخول فله ذلك، وليس له أن يمنع البناء والأجراء الذين يتولون ذلك بأنفسهم، ويقال لصاحب الحائط صف لهم ما تريد، وأما أنت فلا تتولى ذلك وقد يكره جارك دخولك داره، فإن منع الطين ونحوه من الباب أمر صاحبه بفتح موضع في حائطه ليدخل منه الطين والطوب والصخر وما يحتاج إليه الحائط ويعجن الطين في داره ويدخل إلى دار جاره، فإذا تم العمل أغلق ذلك الموضع وحصنه.
ص: **(وبقسمته إن طلبت لا بطوله عرضاً)** ش: ما ذكره ابن غازي في شرح هذه المسألة

يدخل ليأخذه أو يخرجه المشاور وكما لو كانت له شجرة في دار رجل **(وبقسمته إن طلبت)** من المدونة قال ابن القاسم: والجدار إذا كان بين شريكين فطلب أحدهما قسمة وأبى الآخر، فإن لم يدخل في ذلك ضرر أو كان ينقسم قسم بينهما وإن كان فيه ضرر لم يقسم. قلت: فإن كان لكل واحد عليه جذوع؟ قال: إذا كانت جذوع هذا من ها هنا وجذوع هذا من ها هنا لم يستطع قسمة ولكن يتقاوياه بمنزلة ما لا ينقسم من العروض والحيوان **(لا بطوله عرضاً)** اللخمي: اختلف في قسمة الجدار فقال ابن القاسم: يقسم، وصفة قسمه إذا كان جارياً من المشرق إلى المغرب أن يأخذ أحدهما طائفة تلي المشرق والآخر طائفة أخرى تلي المغرب، وليست القسمة أن يأخذ أحدهما ما يلي القبلة والآخر ما يلي الجوف لأن ذلك ليس بقسمة، لأن كل ما يضعه أحدهما عليه من خشب فثقله ومضرته على

وَبِإِعَادَةِ السَّاتِرِ لِغَيْرِهِ؛ إِنْ هَدَمَهُ ضَرَراً؛ لاَ لإِصْلاَحٍ أَوْ هَدْمٍ

كافٍ في بيانها، وملخص النقول التي ذكرها أنه إن أريد قسمه بالتراضي قسم على ما تراضوا عليه من الطول أو العرض وإن أريد قسمه بالقرعة فالذي مشى عليه المصنف يقسم طولاً، وطوله هو امتداده بينهما، وعرضه هو سمك ظهره. فإذا كان الجدار مثلاً طوله جارياً بينهما من المشرق إلى المغرب، وعرضه جهة الشمال إلى أحدهما، وجهة الجنوب إلى الآخر، قسم طوله نصفين: نصف يلي المشرق، ونصف يلي المغرب، ولا يقسم عرضاً بأن يأخذ كل واحد منهما نصف عرض الجدار كما إذا كان عرضه مثلاً شبرين فلا يأخذ أحدهما شبراً مع طول الجدار، ويأخذ الآخر شبراً مع طوله أيضاً لأنه قد يقع لأحدهما الجهة التي تلي الآخر فيفوت المراد من القسمة. قال عيسى بن دينار: ولا تصلح القرعة في مثل هذه القسمة. قال أبو الحسن: إلا أن يقتسماه على أن من صار ذلك له يكون للآخر عليه الحمل انتهى.

تنبيه: قال صاحب المسائل الملقوطة: وإذا كان حائط بين رجلين فانهدم فأراد أحدهما بناءه مع صاحبه وامتنع الآخر من ذلك، فعن مالك في ذلك روايتان: إحداهما أنه لا يجبر الذي أبى منهما على البنيان، ويقال لطالب ذلك استر على نفسك وابن إن شئت، وله أن يقسم معه عرض الجدار ويبني لنفسه. والرواية الأخرى أنه يؤمر بالبنيان مع شريكه ويجبر على ذلك. قال ابن عبد الحكم: وهذا أحب إلينا. انتهى من الكافي. انتهى كلام صاحب المسائل الملقوطة،

جميع الحائط وليس يختص الثقل والضرر بما يليه إلا أن يريد أن يقتسما أعلاه مثل أن تكون أرضة شبرين فيبني كل واحد منهما على أعلاه شبراً مما يليه لنفسه ويكون ذلك قسمة للأعلى وجملة الحائط على الشركة الأولى، أو يكون مما أرادا قسمته بعد انهدامه فيقسمان أرضه ويأخذ كل واحد منهما نصفه مما يليه. ابن عرفة: فصفة قسمه عند اللخمي أن يقسم طولاً لا عرضاً. وقال أبو إبراهيم: ظاهر المدونة قسمه طولاً لا عرضاً لقوله: «وكان ينقسم» قال: وأما عرضاً فينقسم اهـ. وانظر هنا مسألة إذا خيف سقوط جدار هو بينهما وأبى أحدهما من إصلاحه قال ابن عرفة: ظاهر ما لابن رشد أن المذهب أنه يجبر أن يصلح أو يبيع ممن يصلح. عن ابن كنانة: لا يجبر أحدهما على بنائه ومن شاء منهما ستر على نفسه **(وبإعادة الساتر لغيره إن هدمه ضرر إلا لإصلاح أو هدم)** قال ابن القاسم: في الجدار بين الرجلين يكون لأحدهما فانهدم بأمر من الله: لا يجبر على إعادته. وكذلك إن هدمه هو لوجه منفعته ثم عجز عن ذلك واستغنى عنه فإنه لا يجبر على رده، ولو هدمه للضرر أجبر على أن يعيده. قال سحنون: لا يجبر على بنيانه إذا انهدم في قول ابن القاسم، ويجبر على قول ابن كنانة وبه أقول. وابن رشد: وفي هذه المسألة أربعة أقوال، وانظرها في آخر كتاب القسمة من ابن يونس. وهنا ذكر أيضاً ضرر الشجر بالجدار وكيف إن نبتت منها شجرة في أرض جاره أو نبع عين من عينه، وكيف لو أراد أن يحدث رحا فوق رحاه؟ وانظر أيضاً آخر مسألة منه إذا نقل السيل تراب قوم لأرض آخرين لا يلزمهم نقلانه. وذكر المتيطي آخر كتاب كراء الأرضين قال: وهو كما لو وقع على شجرة فأضر بها.

....

ونقل الروايتين في الجلاب في باب البنيان والمرافق ونفي الضرر، وصدر المسألة بقوله: إذا كان حائط مشترك بين اثنين فليس لأحدهما أن يتصرف فيه إلا بإذن شريكه، وكذلك كل مال مشترك. وإذا انهدم الحائط المشترك وكان سترة بين اثنين وأراد أحدهما بناءه وأبى الآخر ففيها روايتان: إحداهما أنه يجبر الذي أبى على بنيانه مع شريكه، والأخرى أنه لا يجبر ولكن يقسمان عرصة الحائط ونقضه ثم يبني من شاء منهما لنفسه انتهى. وقال ابن عسكر في العمدة: ولو تنازع اثنان حائطاً بين دارين ولا بينة، حكم به لمن إليه وجوه الآجر واللبن والطاقات ومعاقد القمط، فإن لم تدل أمارة على الاختصاص فهو مشترك وليس لأحد الشريكين أن يتصرف بهدم أو بناء أو فتح باب أو كوة ونحو ذلك إلا بإذن الشريك. فلو كان المشترك سترة بينهما فانهدم فأراد أحدهما إصلاحه فهل يجبر الآخر؟ روايتان. وعلى القول بعدمه تقسم العرصة ليبني من شاء منهما فلو هدمه أحدهما لغير ضرورة للزمه إعادته كما كان، وكذلك حكم البئر المشتركة تنهار انتهى. وقال في الإرشاد في فصل الاتفاق: وإذا تداعيا جداراً ولا بينة فهو لمن إليه وجوه الآجر والطاقات، فإن استويا فهو مشترك فلا يتصرف إلا بإذن الشريك، فمن هدمه لغير ضرورة لزمه إعادته، فإن انهدم فإن أمكن قسم عرصته وإلا أجبر على إعادته، فإن بنى أحدهما فله منع الآخر من الانتفاع ليؤدي ما ينوبه انتهى. فكلامه في الإرشاد مخالف للروايتين اللتين حكاهما في الجلاب والعمدة، فإن ظاهر ذلك أن الرواية الأولى أنه يجبر على البناء ولا يقسم معه الحائط وهو مقتضى كلام الكافي أيضاً بخلاف ما قاله في الإرشاد، ولذلك اعترضه شارحه الشيخ سليمان البحيري بأن القسم إنما هو مفرع على الرواية الأخرى بعدم الجبر، ونصه إثر كلام صاحب الإرشاد المتقدم: وجملة ذلك أنه إذا لم تكن لأحدهما بينة تشهد له باختصاصه حكم فيه بشهادة العوائد فإن العادة أن توجيه الجدار إنما يكون من جهة المالك، وكذلك مغارز الأخشاب ونحو ذلك. والقمط هي الخشب التي تكون بين البنيان قاله ابن ناجي. ثم قال: فإن لم تدل أمارة على اختصاص أحدهما به كان مشتركاً بينهما. قاله في العمدة. وقال بهرام في الشامل: وحلفا عند عدم ترجيح واشتركا فلا

ونقل المتيطي أيضاً: إذا جر السيل بذر رجل فنبت بأرض آخر كما لو جر شجرة كذلك كما لو انتشر الحب في الأرض المكتراة ونبت لقابل. وانظر أيضاً هناك ذكروا أن ما نبت بالتخم فهو بينهما بخلاف نهر يشق في أرض رجل فنبت به قصب هي لرب الأرض إذ ما لصاحب الماء إلا مجاز الماء خاصة. وانظر في كتاب السداد والأنهار في مسائل سئل عنها عيسى بن دينار حكم النهر يكون لناحية أرض رجلٍ فييبس حتى يصير أرضاً تعتمر لمن يكون ذلك؟ وفي نوازل ابن الحاج الموضع الذي زال عنه الوادي هو للذين يلونه ولا يكون مواتاً، وبهذا هي الفتيا خلافاً للمازري عن سحنون قاله ابن حمديس. وبمثل ما أجاب به قاضي الجماعة أقول والله المستعان. قاله ابن الحاج.

يفتح فيه باباً ولا رزونة ولا يضع عليه خشبه ونحو ذلك إلا بإذن ذلك، فإن انهدم الجدار بنفسه أو هدمه الشريكان أو أحدهما لمصلحة اقتضت ذلك، فلا يخلو من أن يمكن انقسام عرصته من غير ضرر أو لا، فإن أمكن قسمها قسمت وإلا بأن طلب أحدهما الإصلاح وأبى الآخر أجبر على أن يبني مع شريكه. هذا ظاهر كلامه، والذي في الجلاب: وإن انهدم الحائط. وذكر كلام الجلاب المتقدم بلفظه ثم قال: فأنت تراه إنما جعل قسمة العرصة مفرعة على القول بعدم جبره على البناء. وتبعه على ذلك المؤلف في العمدة وشرحها ولم أقف على مستند لما قاله في إرشاده في كلامه ولا في كلام غيره، والذي اختاره ابن عبد السلام والتلمساني في شرح الجلاب الرواية الأولى القائلة بأنه يجبر على البناء من أباه منهما. انتهى كلام الشيخ سليمان البحيري بلفظه.

قلت: فسر التلمساني في شرح الجلاب الرواية الأولى بأنه إما بنى معه، أو قاسم إن كان مثله ينقسم، أو يبيع ممن يبني مع الشريك. قال: وهذا القول أقيس فلا اعتراض على صاحب الإرشاد. وقال ابن عرفة: ولابن عبدوس عن ابن كنانة: لا يجبر أحدهما على بنائه ومن شاء منهما ستر على نفسه. وقال ابن القاسم: يقال لمن أبى إما أن تبني أو تبيع أو تقاسم. ولابن حبيب عن ابن الماجشون: يجبر الآبي منهما على البناء وإن طلب قسم موضع الجدار فليس له ذلك انتهى. فالحاصل من كلام صاحب التوضيح وصاحب الإرشاد أنه إن أمكن قسمه قسم، وإن لم يمكن قسمه فإما بنى معه أو باع. وهذا هو الراجح الذي رجحه صاحب الكافي وابن عبد السلام والتلمساني، واقتصر عليه في الإرشاد، وهذا دخل تحت قول المصنف «وقضى على شريك فيما لا ينقسم أن يعمر أو يبيع» والله أعلم. وعلى ذلك حمل التتائي كلام صاحب الإرشاد ورد على من اعترض ونصه في قول صاحب الإرشاد المتقدم: أي وإن انهدم الجدار بنفسه، فإن أمكن قسم عرصة بينهما قسمت وإلا يمكن قسمتها أجبر الممتنع على البناء معه أي مع الشريك والطالب لذلك. ومسألة المصنف هذه داخلة تحت قول صاحب المختصر «وقضى على شريك فيما لا ينقسم أن يعمر أو يبيع». وما اعترض به بعضهم على المصنف من أن هذه مسألة الجلاب ذات الروايتين: الأولى الجبر على البناء مع شريكه، والأخرى عدم الجبر لكن يقسمان عرصة الحائط ونقضه ثم يبني من شاء منهما لنفسه وأن ابن الجلاب إنما جعل قسمة العرصة مفرعة على الرواية بعدم الجبر على البناء سهو، ولأن المصنف إنما ذكر الجبر مع عدم إمكان القسم، وابن الجلاب مع إمكانه، وأين أحدهما من الآخر فتأمله. انتهى كلامه بلفظه والله أعلم.

فرعان: الأول: قال ابن عرفة وفيها مع غيرها: منع أحد الشريكين بمجرد الملك في شيء تصرف فيه دون إذن شريكه لملزوميته التصرف في ملك الغير بغير إذنه. الشيخ لابن حبيب عن الأخوين: ليس لأحد مالكي جدار أن يحمل عليه ما يمنع صاحبه من حمل مثله عليه إن احتاج

وَبِهَدْمِ بِنَاءٍ بِطَرِيقٍ، وَلَوْ لَمْ يَضُرَّ

إلا بإذنه، وإن كان لا يمنع صاحبه أن يحمل عليه مثل سقف بيت أو غرز خشبه فذلك له وإن لم يأذن انتهى. وقال ابن الحاجب: ولكل المنع في الجدار المشترك. قال في التوضيح: يعني لكل واحد من الشريكين منع شريكه من التصرف في الجدار المشترك حتى يأذن له شريكه كسائر المشتركات. ونحوه لابن عبد السلام. وفي المعونة: الحائط المشترك ليس لأحد الشريكين أن يتصرف فيه ولا أن يحدث فيه شيئاً إلا بإذن شريكه انتهى. ونحوه في التلقين. ونحوه لابن جزي في القوانين، وتقدم في كلام ابن الجلاب وصاحب العمدة والتلمساني نحو ذلك فانظر ما حكاه ابن عرفة عن الشيخ لابن حبيب عن الأخوين من التفصيل المتقدم، هل هو مخالف لما عزاه للمدونة وغيرها من الإطلاق أو مقيد له؟ فتأمله والله أعلم.

الثاني: قال في النوادر من كتاب ابن سحنون من سؤال ابن حبيب سحنوناً عن الحائط بين الرجلين وهما مقران بذلك ولكل واحد منهما خشب، وخشب أحدهما أسفل من الآخر، فأراد رفعها إلى حذاء خشب صاحبه فمنعه قال: ليس له أن يمنعه، فإن أنكر الذي خشبه أعلا أن يكون لصاحب الخشب السفلي من فوق خشبه شيء قال: القول قوله يريد مع يمينه. قال: لأنه حائز لما فوق خشب الأسفل، يريد ولا عقد في ذلك الزائد الأسفل انتهى. وقوله «أنكر الذي خشبه أعلى إلى آخره» معناه أن صاحب الخشب الأعلى ادعى أن ما فوق خشب الأسفل خاص به وليس ثم ما يشهد في ذلك الزائد الأسفل من عقد جدار أو ربط ونحو ذلك، ومراده بالزائد الأسفل ما تحت خشب الأعلى إلى خشب الأسفل والله أعلم. **ص: (وبهدم بناء بطريق ولو لم يضر) ش:** ذكر رحمه الله فيمن اقتطع سبيلاً من طريق المسلمين وتزيده وأدخله في بنيانه قولين: أحدهما وهو المشهور أنه يهدم عليه ما يزيده من الطريق وأدخل في بنائه ولو كان الطريق واسعاً جداً لا يضره ما اقتطعه منه. والقول الثاني أنه إن كان ما اقتطعه يضر

(وبهدم بناء بطريق ولو لم يضر) من ابن يونس: قضى عمر رضي عنه بالأفنية لأرباب الدور. ابن حبيب: يعني بالانتفاع للمجالس والمرابط والمساطب وجلوس الباعة فيها للبياعات الخفيفة، وليس أن يحاز بالبنيان والتحظير. وقاله من أرضى من أهل العلم. وقد مر عمر رضي الله عنه بكير حداد في السوق فأمر به فهدم وقال: تضيقون على الناس السوق. وقال ﷺ: «إذا اختلف الناس في الطريق فحدها سبعة أذرع» وسمع ابن القاسم: لأرباب الأفنية التي انتفاعهم بها لا يضيق على المارة أن يكروها. ابن رشد: لأن كل ما للرجل أن ينتفع به يجوز له أن يكريه. ابن عرفة: هذه الكلية غير صادقة إذ لا يجوز أن يكري جلد الأضحية ولا بيت المدرسة للطالب ونحوه انتهى. انظر قوله في جلد الأضحية وقد تقدم له أن إجارة جلد الأضحية يجوز على قول سحنون. قال: ولم يذكر الباجي ولا ابن يونس ولا الشيخ غيره. وأما بيت المدرسة فقال البرزلي: كنت بالديار المصرية وذكرت أن أصحاب حبس المدارس والزوايا لا يجوز لهم بيع ولا هبة ولا عارية ثم إني افتقرت لسكنى بعضها

بالطريق هدم عليه وإلا فلا، وهو المشار إليه بـ«لو» في قوله «ولو لم يضر». وفهم من كلام المصنف أن الخلاف المذكور إنما هو بعد الوقوع، وأما ابتداء فلا يجوز البناء بلا خلاف وهو كذلك، وكذلك فهم من كلامه أنه لو كان البناء مضراً بالطريق لهدم عليه بلا خلاف وهو كذلك أيضاً كما ستقف عليه في كلامهم. قال في العتبية في كتاب السلطان في سماع عبد الملك الملقب بزونان وسألته عن الرجل يتزيد في داره من طريق المسلمين ذراعاً أو ذراعين، فإذا بنى جداراً وأنفق عليه وجعله بيتاً قام عليه جاره الذي هو مقابله من جانب الطريق، فأنكر عليه ما تزيد ورفعه إلى السلطان وأراد أن يهدم ما تزيد من الطريق وزعم أن سعة الطريق كان رفقاً به لأن ذلك كان فناء له ومربطاً لدابته، وفي بقية الطريق ممر للناس وكان فيما بقي من سعة الطريق ثمانية أذرع أو تسعة، هل لذلك الجار إلى هدم بنيان جاره الذي بنى سبيل، أو رفع ذلك بعض من كان يسلك تلك الطريق وفي بقية سعته ما قد أعلمتك؟ فقال: يهدم ما بنى، وإن كان في سعة الطريق ثمانية أذرع أو تسعة لا ينبغي لأحد التزيد من طريق المسلمين، وينبغي للقاضي أن يقدم في ذلك إلى الناس وينهى إليهم أن لا يحدث أحد بنياناً في طريق المسلمين. وذكر أن عثمان بن الحكم الخزاعي حدثه عن عبيد الله بن عمر عن أبي حازم أن حداداً ابتنى كيراً في سوق المسلمين قال: فمر عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرآه فقال: لقد انتقصتم السوق، ثم أمر به فهدمه. قال أشهب: نعم يأمر السلطان بهدمه، رفع ذلك إليه من كان يسلط الطريق أو رفع ذلك جيرانه، لا ينبغي لأحد التزيد من طريق المسلمين، كان في الطريق سعة أو لم يكن، كان مضراً ما تزيد أو لم يكن مضراً يؤمر بهدمه. وينبغي للسلطان أن يتقدم في ذلك إلى الناس أن لا يتزيد أحد من طريق المسلمين.

قال ابن رشد: اتفق مالك وأصحابه فيما علمت أنه لا يجوز لأحد أن يقتطع من طريق المسلمين شيئاً فيتزيده في داره ويدخله في بنيانه وإن كان الطريق واسعاً جداً لا يضره ما اقتطع منه، واختلفوا إن تزيد في داره من الطريق الواسعة جداً ما لا يضر بها ولا يضيقها على المارة فيها، فقال ابن وهب وأشهب: يهدم عليه ما تزيد من الطريق وتعاد إلى حالها وهو قول مالك في رواية ابن وهب عنه، وقول مطرف وابن الماجشون في الأبرجة يبنيها الرجل في الطريق ملصقة بجداره، واختيار ابن حبيب على ظاهر ما جاء عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه في الكير الذي أنشىء في السوق فأمر به فهدم. ووجه هذا القول أن الطريق حق لجميع المسلمين كالحبس فوجب أن يهدم على الرجل ما تزيده في داره منها كما يهدم عليه ما تزيد من أرض محبسة على طائفة من المسلمين أو من ملك الرجل بعينه. وقيل: إنه لا يهدم عليه ما تزيده من الطريق إذا كان ذلك لا يضر بها لسعتها لما له من الحق فيه إذ هو بناؤه له الانتفاع به وكراؤه. والأصل في ذلك ما جاء من أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قضى بالأفنية لأرباب الدور وأفنيتها ما أحاط بها من جميع نواحيها، فلما كان أحق بالانتفاع من غيره ولم يكن لأحد أن

ينتفع به إلا إذا استغنى هو عنه، وجب أن لا يهدم عليه بنيانه فيذهب ماله هدراً وهو أعظم الناس حقاً في ذلك الموضع، بل لا حق لأحد معه فيه إذا احتاج إليه، فكيف إذا لم يتوصل إلى أخذه منه مع حاجته إليه إلا بهدم بنيانه وتلف ماله؟ وهذا بين لا سيما ومن أهل العلم من يبيح له ذلك ابتداء في المجموعة من رواية ابن وهب عن ابن سمعان أن من أدرك من العلماء قالوا في الطريق يريد أهلها بنيان عرصتها: إن الأقربين إليها يقتطعونها على قدر ما شرع فيها من رباعهم بالحصص، فيعطى صاحب الربع الواسع بقدره، وصاحب الصغير بقدره، ويتركون لطريق المسلمين ثمانية أذرع، قال ابن رشد: وإنما قالوا ثمانية أذرع احتياطاً والله أعلم. ليستوفي فيها لسبعة الأذرع المذكورة في الحديث على زيادة الذراع ونقصانه. وهذا القول الثاني أظهر، والقائلون بالأول أكثر، وكل مجتهد مصيب. وقد نزلت بقرطبة قديماً واختلف الفقهاء فيها فأفتى ابن لبابة وأبو صالح أيوب بن سليمان ومحمد بن الوليد بأنه لا يهدم ما تزيده من الطريق إذا كان ذلك لا يضر بها. وأفتى عبد الله بن يحيى وابنه يحيى ويحيى بن عبد العزيز وسعد بن معاذ وأحمد بن بيطير بأن يهدم ما تزيد منه على كل حال وبالله التوفيق انتهى.

وما استظهره ابن رشد بأنه لا يهدم عليه ما تزيد من الطريق إذا كان ذلك لا يضر بها، أفتى به أيضاً في نوازله ورجحه في سؤال كتب به إليه القاضي عياض يسأله عن شخص بنى حائطاً بجنته في بطن وادٍ وقد كان حائطه دون ذلك. فأجابه إن كان الحائط الذي بناه يضر بالطريق أو بجاره فيهدم ما بناه، وإن كان الحائط لا يضر بالطريق ولا بجاره لم يهدم عليه. وهذا على القول بأن من تزيد من طريق المسلمين في داره ما لا يضر بالطريق لا يهدم بنيانه. والذي يترجح عندي من القولين أنه لا يهدم عليه بنيانه إذا لم يضر بالطريق لما له من الحق في البناء، وهو الذي أقول به في هذه المسألة وإن من أهل العلم من يبيح ذلك ابتداء انتهى. وقال في العتبية أيضاً في رسم الأقضية والحبس من كتاب السلطان: قال أصبغ: سألت أشهب عن رجل يهدم داره وله الفناء الواسع فيزيد فيها من الفناء يدخله بنيانه، ثم يعلم بذلك. قال: لا يتعرض له إذا كان الفناء واسعاً وبراحاً لا يضر الطريق. وقد كرهه مالك وأنا أكرهه ولا آمر به ولا أقضي عليه بهدمه إذا كان الطريق واسعاً وبراحاً لا يضر ذلك بشيء منه ولا يحتاج إليه ولا يقاربه المشي. قال أصبغ في الرجل يبني داراً له فيأخذ من طريق المسلمين شيئاً يزيده فيها كان ذلك مضراً بطريق المسلمين أو لا يضر، أترى ذلك جائزاً؟ وهل تجوز شهادة مثل هذا؟ قال أصبغ: إن كان اقتطعه اقتطاعاً فما يضر بالطريق والمسلمين وأدخله في بنيانه وكان إدخاله فيما يرى بمعرفة لا بجهالة أو وقف عليه فلم يبال، فلا أرى أن تجوز شهادته ويهدم بنيانه إذا أضر جداً، وإن كانت الطريق واسعة جداً كبيرة وكان الذي أخذ الشيء اليسير جداً الذي لا يضر ولا يكون فساداً في صغير ما أخذ وسعة الطريق وكثرته، فلا أرى أن يهدم بنيانه ولا يعرض له. وقد سألت أشهب عنها بعينها ونزلت عندنا فكان هذا رأيي فيها، فسألته عنها فقال لي مثله.

قال ابن رشد: هذا من قول أصبغ وروايته عن أشهب خلاف ما مضى قبل هذا في سماع زونان، وقد مضى القول على ذلك هناك مجوداً مستوفي فلا وجه لإعادته. هنا وبالله التوفيق. ويشير بذلك لكلامه المتقدم ونقل ابن عرفة كلام ابن رشد المتقدم مختصراً فقال: قال ابن رشد: ولا يباح لذي الفناء أن يدخله في داره، فإن فعل وهو يضر بالطريق هدم عليه ورد كما كان، وإن كان لا يضر ففي هدمه قولان: لسماع زونان ابن وهب مع أشهب، وأصبغ مع سماعه من أشهب، والقائلون بالأول أكثر والثاني أظهر انتهى. وقد استوفى ابن سهل في أحكامه الكبرى الكلام على هذه المسألة في مسائل الاحتساب في ترجمة الاحتساب على ابن السليم فيما اقتطعه من المحجة وضمه إلى جنته. وذكر النازلة بقرطبة التي أشار إليها ابن رشد في كلامه المتقدم، وذكر فتاوى المشايخ الذين ذكرهم ابن رشد وغيرهم ولم يخرج أحداً منهم في استدلاله عن مسألة العتبية، وقد نقل في أثناء جواب يحيى بن عبد الله بن يحيى عن محمد بن أصبغ أن أباه أصبغ رجع عن قوله أنه لا يهدم ما لا يضر إلى أنه يهدم ونصه: وحدثني محمد بن أصبغ بن الفرج أن أباه أصبغ رجع عن قوله فيمن اقتطع من أفنية المسلمين شيئاً وأدخله في داره أنه إذا كان واسعاً رحراحاً أنه لا يهدم، فرجع عن ذلك وقال: ويهدم ويرد إلى حالته. وقال: إن الأفنية والطريق كالأحباس للمسلمين لا يجوز لأحد أن يحدث فيها حدثاً إلا من ضرورة واضطر إلى ذلك، ثم نقل عن ابن غالب في أثناء جوابه ما نصه: ورأيت بعض أصحابنا قد ذهب إلى اختيار قول أصبغ أنه لا يهدم على المقتطع من طريق المسلمين ما اقتطع إذا كان الطريق واسعاً رحراحاً فاختار برأيه ما رآه صواباً، والذي نراه والله نسأله التوفيق اتباع قول المتقدمين يعني الهدم وهو إلى التوفيق أقرب إن شاء الله. والعجب من الذي اختار قول أصبغ كيف فارق قول عمر المعروف عنه وما علمته أرخص فيها لأحد قط، وما أظن به إلا أنه اجتهد والله نسأله التوفيق. ثم قال في آخر كلامه بعد ذكر أجوبتهم: وقد ذكر ابن حبيب رحمه الله هذه المسألة في كتابه بأحسن مساق وأقرب ألفاظ وأبين معان مما وقع في العتبية، ولم يذكر ذلك كل واحد ولا خرجوا عما في العتبية، فدل على مغيب ما في كتاب ابن حبيب عنهم وعزوبه عن ذكرهم ورأيت نقله إذ فيه تتميم لمسألتهم.

قال ابن حبيب: سألت مطرفاً وابن الماجشون عن الرجل يبني أبرجة في الطريق ملصقة بجداره، هل يمنع من ذلك ويؤمر بهدمها إذا فعل ذلك؟ فقالا لي: نعم ليس له أن يحدث في الطريق شيئاً ينتقصه به وإن كان ما أبقى من الطريق واسعاً لمن سلكه. قال ابن حبيب: وسألت أصبغ بن الفرج عن ذلك فقال لي: إن له ذلك إذا كان ما وراءها من الطريق واسعاً. قال لي أصبغ: وذلك أن عمر بن الخطاب قضى بالأفنية لأرباب الدور وقال لي: فالأفنية دون الدور كلها مقبلها ومدبرها ينتفعون بها ما لم تضيق طريقاً أو يمنع ما يضر بالمسلمين، فإذا كان لهم

الاتساع بغير ضرورة حموه إن شاء الله، ومن أدخل منهم في بنيانه ما كان له أن يحميه ببرج يسد داره أو حظر حظيرة وزاده في داره، لم ير أن يعرض له ولا يمنع إذا كان الطريق وراءه واسعة منبسطة لا تضر بوجه من الوجوه ولا تضيق قال: وأكره له ابتداء أن يحظره أو يدخله في بنيانه مخافة الإثم عليه، وإن فعل لم أعرض عليه فيه بحكم ولم أمنعه منه وقلدته منه ما تقلد. وقد بلغني أن مالكاً كره له البنيان، وأنا أكره له بدأ، فإذا فات على ما وصفنا لم أر أن يعرض له فيه. قال أصبغ: وقد نزل مثل هذا عندنا واستشارني فيه السلطان وسألني النظر إليه يومئذ، فنظرت فرأيت أمراً واسعاً جداً فجاً من الفجوج وكان له محيط محظور عن الطريق يجلس فيه الباعة فكسره وأدخله في بنيانه، فرأيت ذلك واسعاً وأشرت به على السلطان فحكم به، وسألت عنه أشهب يومئذ فذهب مذهبي وقال مثل قولي. قال ابن حبيب وقول مطرف وابن الماجشون فيه أحب إليّ وبه أقول إلا أن يكون له أن ينتقص الطريق والفناء ببناء يسد به جداره أو يدخله في داره وإن كانت الطريق واسعة صحراء في سعتها لأنها حق لجميع المسلمين لي لأحد أن ينتقصه كما لو كان حقاً لرجل لم يكن لهذا أن ينتقصه إلا بإذنه ورضاه، وقد قال رسول الله ﷺ «من أخذ شبراً من الأرض بغير حقه طوّقه الله يوم القيامة من سبع أرضين»[1]. وإنما يفسر قضاء عمر بن الخطاب بالأفنية لأرباب الدور بالانتفاع للمجالس والمرابط والمساطب وجلوس الباعة فيه للبياعات الخفيفة والأفنية، وليس بأن تحاز للبنيان والتحظير، وكذلك سمعت من أرضي من أهل العلم يقول في تأويل ذلك، ثم ذكر ابن حبيب خبر عمر بن الخطاب رضي الله عنه في هدم كير الحداد وأثر عن النبي ﷺ في اقتطاع الأفنية والطرق والوعيد في ذلك في المجموعة.

روى ابن وهب عن ابن سمعان أن من أدرك من العلماء قالوا في الطريق يريد أهلها بنيان عرصتها أن الأقربين يقتطعونها بالحصص على قدر ما شرع فيها من رباعهم، فيعطى صاحب الربعة الواسعة بقدر ما شرع فيها من ربعهم، وصاحب الصغيرة بقدرها، ويتركون لطريق المسلمين. قال القاضي ابن سهل: وهذا أشد ما أنكره منكرهم من قول أصبغ، لأن أصبغ كرهه ابتداء ورأى أن تركه لمن فعله إذا كان واسعاً رحراحاً فجاً من الفجوج، وقال ابن أبي زيد في نوادره: قال لنا أبو بكر بن محمد اختلف أصحابنا فيمن يزيد في بنيانه من الفناء الواسع لا يضر فيه بأحد، فروى ابن وهب عن مالك أنه ليس له ذلك. وقال عنه ابن القاسم: لا يعجبني ذلك. ولابن وهب عن ربيعة في المجموعة: من بنى مسجداً في طائفة من داره فلا يتزيد فيه من الطريق. وقال مالك: لا بأس بذلك إن كان لا يضر بالطريق. وفي كتاب ابن سحنون: وسأله ابن حبيب عمن أدخل في داره من زقاق المسلمين النافذ شيئاً فلم يشهد به

(١) رواه مسلم في كتاب المساقاة حديث ١٣٧، ١٤١.

....

الجيران إلا بعد عشرين سنة. قال: إذا صحت البينة فليرد ذلك إلى الزقاق ولا تحاز الأزقة. وفي موضع آخر: إن كان ضرر ذلك بيناً ولا عذر للبينة في ترك القيام فهي جرحة، وهذا كله لم يقف القوم عليه ولا بلغهم مطالعته، ولو علموه لنقلوه وآثروا ذكره، وقول محمد بن غالب «والعجب من الذي اختار قول أصبغ كيف فارق قول عمر»، هو أعجب مما تعجب منه لأنه تكلم بغير تدبر وأنكر قبل أن يفكر، لأن قول أصبغ قد رواه عن أشهب فصار ذلك مختاراً لقولهما، وقول أصبغ وروايته عن أشهب ينضاف إليها ما ذكر لابن سمعان عمن أدرك من العلماء ويوشك أن يكونوا من التابعين مع اختلاف قول مالك في هذا الأصل. ومن استظهر بهذا كله في جوابه لا يتسع عليه في مخالفة عمر رضي الله عنه لأن هؤلاء كلهم لم يخالفوه إلا إلى أصل اجتمعوا على القول به إلا عن علم مع أن حديث عمر وجواب أصبغ ومن وافقه مختلف المعنى في الظاهر، لأن المعهود في طريق الأسواق أن فيها الضيق في ساحتها على أن ينتقص منها وهي مجتمع الناس، فهم يحتاجون إلى حيث يجولون ويتصرفون، وكذلك في حديث عمر أنه قال حين أمر بهدم الكير يضيقون على الناس، والطريق في مسألة أصبغ كان واسعاً ظاهر الاتساع غير مضر بالمارة، وكان الاستحسان عنده لمن تزيد من مثل هذا الطريق أن يترك لئلا يفسد عليه ما بنى ويذهب إنفاقه باطلاً، ولعله كان مضطراً إلى ذلك لضيق ساحة داره وتقصيرها عما يقوم به في مسكنه، فالمختار على هذا غير مخالف بل هو مجتهد في النظر واضع للاستحسان في موضعه والله ولي التوفيق. انتهى كلام ابن سهل بلفظه.

تنبيهان: الأول: تحصل من هذا ما تقدم في كلام ابن رشد أنه اتفق مالك وأصحابه أنه لايجوز لأحد ابتداء أن يقتطع من الطريق شيئاً ويدخله في بنيانه وإن كان الطريق واسعاً جداً لا يضره ما اقتطع منه، فإن اقتطع منها شيئاً وأدخله في بنيانه فإن كان مما يضر بها ويضيقها على المارة هدم عليه ما تزيد منها وأعيدت إلى حالها بلا خلاف، وإن كان مما لا يضر بها ولا يضيقها على المارة فاختلف في ذلك على قولين: الأول: أنه يهدم عليه ما تزيد منها وتعاد إلى حالها وهو الذي شهره المصنف. والثاني: أنه لا يهدم عليه ما تزيد منها إذا كان ذلك لا يضر بها ولا يضيقها على المارة لسعتها، واستظهره ابن رشد في البيان ورجحه في نوازله وهو المشار إليه بـ«لو» في قول المصنف «ولو لم يضر» والله أعلم.

الثاني: إن قيل: قول ابن رشد في أول كلامه اتفق مالك وأصحابه فيما علمت أنه لا يجوز لأحد أن يقتطع من طريق المسلمين شيئاً إلى آخر كلامه السابق، يناقضه قوله في آخر كلامه في البيان بعد استظهاره للقول بعدم الهدم، لا سيما من أهل العلم من يبيح له ذلك ابتداء واستشهاده على الجواز ابتداء بما في المجموعة من رواية ابن وهب عن ابن سمعان عمن أدرك من العلماء بما قالوه في الطريق، يريد أهلها بنيان عرصتها إذ مقتضى ذلك وجود الخلاف في البناء ابتداء، وكذا قوله في نوازله بعد ترجيحه للقول بعدم الهدم إذ من أهل العلم من يبيح

وَبِجُلُوسِ بَاعَةٍ بِأَفْنِيَةِ الدُّورِ لِلْبَيْعِ إِنْ خَفَّ،

له ذلك ابتداء، فالجواب أن مراده بأهل العلم خارج المذهب كما دل على ذلك كلام ابن سهل المتقدم حيث قال: وقول أصبغ وروايته عن أشهب ينضاف إليها ما ذكره ابن سمعان عمن أدرك من العلماء ويوشك أن يكونوا من التابعين والله أعلم. **ص: (وبجلوس باعة بأفنية الدور للبيع إن خف) ش:** قال ابن عرفة: وفناء الدار هو ما بين يدي بنائها فاضلاً عن ممر الطريق المعد للمرور غالباً، كان بين يدي بابها أو غيره. وكان بعض شيوخنا يشير لأنه الكائن بين يدي بابها، وليس كذلك لقولها في كتاب القسم: وإن قسما داراً على أن يأخذ كل واحد طائفة فمن صارت له الأجنحة في حظه فهي له ولا يعد من الفناء وإن كانت في هواء الأفنية، وفناء الدار لهم أجمعون الانتفاع به انتهى. قلت: وكأنه لم يقف على نص في تفسير الفناء إلا ما أخذه من كتاب القسم وقد صرح بذلك ابن بطال في مقنعه فقال: الأفنية دور الدور كلها مقبلها ومدبرها انتهى.

فرع: قال في رسم تأخير صلاة العشاء من سماع ابن القاسم من كتاب السلطان: سئل مالك عن الأفنية التي تكون في الطريق يكريها أهلها أذلك لهم وهي طريق المسلمين؟ قال: أما كل فناء ضيق إذا وضع فيه شيء أضر ذلك بالمسلمين في طريقهم فلا أرى أن يمكن أحد من الانتفاع به وأن يمنعوا، وأما كل فناء إن انتفع به أهله لم يضيق على المسلمين في ممرهم لسعته فلا أرى به بأساً. ابن رشد: وهذا كما قال إن لأرباب الأفنية أن يكروها ممن يصنع فيها ما لا يضر بالطريق على المارة لأنهم إذا كان لهم أن ينتفعوا بها على هذه الصفة وكانوا أحق بذلك من غيرهم، كان لهم أن يكروها لأن ما كان للرجل أن ينتفع به كان له أن يكريه وهذا مما لا أعلم فيه خلافاً انتهى. وقال قبله في رسم طلق بن حبيب في السماع المذكور: وسئل مالك عن رجل له داران وهما في رحبة وأهل الطريق ربما ارتفقوا بذلك الفناء إذا ضاق الطريق عن

فأعارني طالب بيتاً في مدرسة شيخون وأعارني آخر أخرى في المدرسة المستنصرية حالة الرجعة فاعترضوا علي بما كنت أفتيت، فأجبت بأني من أهل الحبس لكن سبقني فيه غيري فإذا طابت نفسه زمناً ما برفع يده أو مطلقاً فهو جائز، وقويته بما أجابني به ابن عرفة في التطهر في مطاهر المدارس أنه إن كان من جنس الحبس فيسوغ له ذلك. وقال القرافي: يجوز لساكن المدارس إنزال الضيف المدة اليسيرة بخلاف المدة الكثيرة انتهى. قال ابن رشد: ولا يباح لذي الفناء أن يدخله في داره، فإن فعل وهو يضر بالطريق هدم عليه ورد كما كان، وإن كان لا يضر فقال أشهب وابن وهب: يهدم كذلك. وقال ابن يونس عن أصبغ: إذا كان لهم أن يحموه فابتنى منهم مبتن وأدخله في بنيانه لم يمنع إن كان الطريق وراءه واسعاً وأكرهه ابتداء، فإن فعل لم أحكم عليه بزواله. وقال أشهب مثل ذلك وروي عن مالك أنه كرهه. قال ابن رشد: القائلون بالهدم أكثر والقول بعدم الهدم أظهر، وأفتى بالأول يحيى بن يحيى وغيره، وأفتى بعدم الهدم ابن لبابة وغيره. **(وبجلوس باعة بأفنية الدور للبيع إن خف)** تقدم أول

الأحمال وما أشبهه، فدخلوا عليه فأراد أن يجعل عليه نجافاً وباباً حتى تكون الرحبة له فناء ولم يكن على الرحبة باب ولا نجاف. قال: ليس له ذلك. قال ابن رشد: هذا كما قال إنه ليس له أن يجعل على الرحبة نجافاً وباباً ليختص بمنفعتها ويقطع ما للناس من الحق في الارتفاق بها، لأن الأفنية لا تحجر إنما لأربابها الارتفاق بها وكراؤها فيما لا يضيقها على المارة فيه من الناس ولا يضر بهم فيه على ما يأتي في رسم تأخير صلاة العشاء بعد هذا. وقد اختلف فيمن تحجر من الفناء الواسع الشيء اليسير الذي لا يضر تحجيره بمن يمر في الطريق، هل يقر ذلك أم يهدم عليه على ما يأتي في رسم زونان وسماع أصبغ بعد هذا انتهى. ويشير برسم تأخير صلاة العشاء لكلامه الذي فوق هذا وبسماع زونان وسماع أصبغ لما تقدم في شرح قول المصنف: «ويهدم بناء بطريق ولو لم يضر». والنجاف قال في الصحاح: العتبة وهي أسكفة الباب انتهى.

تنبيه: قال ابن عرفة في إحياء الموات والطرق إثر قول ابن رشد المتقدم «لأن ما كان للرجل أن ينتفع به كان له أن يكريه» ما نصه: قلت: وهذه الكلية غير صادقة لأن بعض ما للرجل أن ينتفع به لا يجوز له أن يكريه كجلد الأضحية وبيت المدرسة للطالب ونحوه انتهى. ولم يتعقبه بنقل يرده لكن قال قبله بنحو السبعة الأوراق ابن الحاجب تابعاً لابن شاس: والمحفوفة بالملك لا تختص ولكل الانتفاع بملكه وحريمه. قلت: في تسوية الانتفاع بحريمه وملكه بمجرد عطفه عليه نظر، لأن مسمى حريمه المغاير لمسمى ملكه لعطفه عليه إنما يصدق على الفناء وليس انتفاعه به كانتفاعه بملكه لجواز كرائه ملكه مطلقاً. وأما فناؤه فسمع ابن القاسم ونقل كلام العتبية المتقدم وكلام ابن رشد وكلامه المتقدم ذكره. ويشهد لما قاله ابن عرفة من أنه ليس انتفاعه بفنائه كانتفاعه بملكه قول ابن رشد في شرح ثاني مسألة من الأقضية «أفنية الدور المتصلة بطريق المسلمين ليست بملك لأرباب الدور كالأملاك المحوزة التي لأربابها تحجيرها على الناس لما للمسلمين من الارتفاق بها في مرورهم إذا ضاق الطريق عنهم بالأحمال وشبهها إلا أنهم أحق بالانتفاع بها فيما يحتاجون إليه من الرحا وغيره». وسيأتي في الفرع الذي في آخر القولة عن ابن رشد وابن أبي زيد نحو هذا، ورأيت في مسائل الضرر من البرزلي ما نصه: لا شك أنه أي رب الفناء مقدم في الانتفاع بالفناء في ربط دابته وإلقاء كناسته وحفر بئر مرحاض ونحو ذلك ما لم يضر بالمارة حتى ادعى ابن رشد أن له كراءه لأن من ملك المنفعة جاز له كراؤها، والصواب أن له الانتفاع فقط فليس له فيه التصرف التام انتهى.

قلت: في قوله «ادعى ابن رشد» نظر، لأنه يقتضي أن ابن رشد قال ذلك من نفسه، وقد علمت أنه قول مالك كما تقدم. وقال الأبي في شرح مسلم في كتاب الصلاة في حديث اتخاذ المساجد الفناء ما يلي الجدرات من الشارع المتسع النافذ فلا فناء للشارع الضيق لأنه لا يفضل منه شيء عن المارة، وكذا لا فناء لغير النافذة ولأن للأفنية حكم الطريق وهي لا تملك وإنما لأربابها الانتفاع بها، واختلف هل لهم أن يكروها؟ انتهى. ويفهم من كلام المصنف أنه لا

كراء لهم خصوصاً من قوله بعده «وللسابق» والله أعلم.، وقوله: «إن خف» هو نحو قول ابن الحاجب: «ولا يمنع الباعة منها فيما خف ولا غيرهم». قال في التوضيح في إحياء الموات: احترز بقوله: «فيما خف» مما يستدام. خليل: وعلى هذا فلا ينبغي أن يشتري من هؤلاء الذين يغرزون الخشب في الشوارع عندنا لأنهم غصاب للطريق. وقاله سيدي أبو عبد الله بن الحاج رحمه الله انتهى. قال ابن عرفة في إحياء الموات والطرق: الشيخ في المجموعة والواضحة: روى ابن وهب أنه ﷺ قال: «من اقتطع من طريق المسلمين وأفنيتهم شبراً من الأرض طوقه الله من سبع أرضين» وقضى عمر بالأفنية لأرباب الدور. ابن حبيب: تفسيره يعني بالانتفاع بالمجالس والمرابط والمساطب وجلوس الباعة للبيع الخفيف، ومر عمر بكير حداد في الطريق فأمر به فهدم وقال: يضيقون على الناس السوق انتهى.

تنبيه: قوله والمساطب لعل المراد به الدكك التي تبنى إلى جانب الأبواب، ويؤيده ما ذكره في النوادر بعد هذا الكلام الذي ذكره ابن عرفة ونصه: وسأل ابن حبيب سحنوناً عمن بنى على باب داره في السكة دكاناً وهي لا تضر بالزقاق غير أنها قبالة دار رجل وهي تضر به لأنه يقعد عليها ويقعد ناس، فقال: يمنع من بنائها إذا كانت تضر بالآخر انتهى. ومفهومه أنها لو لم تضر بالآخر لم يمنع من بنائها. ونقله أبو إسحاق التونسي أيضاً في كتاب القسمة وابن بطال في مقنعه.

فرع: قال ابن رشد في شرح ثاني مسألة من الأقضية إثر قوله المتقدم: أفنية الدور المتصلة بطريق المسلمين ليست بملك لأرباب الدور كالأملاك المحوزة، فإذا كان لقوم فناء وغابوا عنه واتخذ مقبرة فمن حقهم أن يعودوا إلى الانتفاع بها للرمي فيها إذا قدموا إلا أنه كره لهم مالك درسها إذا كانت جديدة مسنمة لم تدرس ولا عفت لما جاء في درس القبور، فعنه ﷺ: «لأن يمشي أحدكم على الرضف خير له من أن يمشي على قبر أخيه» وقال: «إن الميت يؤذيه في قبره ما يؤذيه في بيته». وقال ابن أبي زيد: إنما كره لهم درسها لأنها من الأفنية، ولو كانت من الأملاك المحوزة لم يكن لهم ذلك. وروي عن علي رضي الله عنه: واروا وانتفعوا بظهرها. ابن رشد: لو كانت من الأملاك المحوزة ودفن فيها بغير إذنهم كان من حقهم نبشها وتحويلهم إلى مقابر المسلمين، وقد فعل ذلك بشهداء أحد لما أراد معاوية إجراء العين انتهى.

فرع: وأما اقتطاع شيء من الأفنية والتحويز عليه ببناء أو غيره فقال ابن عرفة: قال ابن رشد: ولا يباح لذي الفناء أن يدخله في داره، فإن فعل وهو يضر بالطريق هدم عليه ويقر كما كان، وإن كان لا يضر ففي هدمه قولان: لسماع زونان ابن وهب وأشهب وأصبغ مع سماعه، والقائلون بالأول أكثر، والثاني أظهر، ورجحه ابن رشد في نوازله في كتاب الدعوى والخصومات في سؤال كتب به القاضي عياض يسأل عن شخص بنى حائطاً بجنبه في بطن

وَلِلسَّابِقِ: كَمَسْجِدٍ،

وادٍ وقد كان حائطه دون ذلك فأجابه: إن كان الحائط الذي بناه يضر بالطريق أو بجاره فيهدم ما بناه، وإن كان الحائط لا يضر بالطريق ولا بجاره لا يهدم عليه. وهذا على القول بأن من تزيد من طريق المسلمين في داره ما لا يضر بالطريق لا يهدم بنيانه، والذي يترجح عندي من القولين أنه لا يهدم عليه بنيانه إذا لم يضر بالطريق لما له من الحق في البنيان، وأن من العلماء من يبيح له ذلك ابتداء وهو الذي أقول به في هذه المسألة انتهى. ص: **(وللسابق كمسجد) ش:** تصوره واضح، وقد ذكر ابن غازي قولين فيمن قام من الباعة من المجلس ونيته الرجوع إليه في غد، فحكى الماوردي عن مالك أنه أحق به حتى يتم غرضه، وقيل: هو وغيره فيه سواء فمن سبق كان أولى به. قال في الشامل في إحياء الموات: وللباعة وغيرهم الجلوس فيما خف والسابق أحق من غيره كمسجد، ويسقط حقه إن قام لا بنية عوده وإلا فقولان انتهى. وقاله في التوضيح. وذكر ابن غازي قولين فيمن قام من الباعة من المجلس ونيته الرجوع إليه في غد، فحكى الماوردي عن مالك أنه أحق به حتى يتم غرضه. وقيل: هو وغيره فيه سواء فمن سبق كان أولى به. ثم قال: وهذا الذي اختصر المصنف حيث قضى للسابق للأفنية بها ثم شبه به السابق للمسجد انتهى. فيفهم من كلام ابن غازي أن المصنف رجح القول الثاني. وذكر ابن غازي عن شيخه القوري عن العوفية أن من وضع بمحل المسجد شيئاً يحجره به حتى يأتي إليه يتخرج على مسألة هل ملك التحجير إحياء انتهى. ولم يذكر غير هذا.

قلت: سيأتي في إحياء الموات أن التحجير ليس بإحياء، ونص في المدخل على أنه لا يستحق السبق في المسجد بإرسال سجادته وأنه غاصب لذلك المحل. ونص كلامه في فصل اللباس في ذم الطول في ذلك والتوسع فيه بأن أحدهم إذا كان في الصلاة وضم ثوبه حصل في النهي الوارد في ذلك وإن لم يضمه انفرش على الأرض وأمسك به مكاناً ليس له أن يمسكه لأنه ليس له في المسجد إلا موضع قيامه وسجوده وجلوسه، وما زاد على ذلك فلسائر المسلمين وإذا بسط شيئاً يصلي عليه احتاج أن يبسط شيئاً كثيراً لسعة ثوبه فيمسك بذلك موضع رجلين أو نحوه، فإن هابه الناس لكمه وثوبه وتباعدوا منه ولم يأمرهم بالقرب فيمسك ما هو أكثر من ذلك، فإن بعث سجادة إلى المسجد في أول الوقت أو قبله ففرشت له هناك وقعد إلى أن يمتلىء المسجد بالناس ثم يأتي يتخطى رقابهم فيقع في محذورات جملة منها:

المسألة قبل هذا أنه يقضي لأرباب الدور بالأفنية للحوائط وجلوس الباعة فانظره مع هذا. **(وللسابق كمسجد)** عياض: قالوا: من قعد من الباعة في موضع من أفنية الطرق وأفنية البلاد غير المتملكة من أصحاب الحوائج والمرافق فهو أولى بها ما دام به جالساً، فإن قام منه ونيته الرجوع إليه من غد بمتاعه فروى الماوردي عن مالك أنه أحق به، وقيل: السابق أحق به وهو قول الجمهور. وقال محيي الدين النووي: استثنى أصحابنا من هذا موضع المقرىء في المسجد. قال عياض: المفتي إذا ألف بالمسجد

وَبِسَدِّ كُوَّةٍ فُتِحَتْ أَرِيدَ سَدُّ خَلْفَهَا،

غصبه لذلك الموضع الذي عملت فيه السجادة لأنه ليس له أن يحجره وليس لأحد فيه إلا موضع صلاته، ومن سبق كان أولى، ولا نعلم أحداً يقول إن السبق للسجادة وإنما هو لبني آدم فيقع في الغصب لكونه منع ذلك المكان ممن سبقه. ومنها تخطيه لرقاب المسلمين وقد نص النبي ﷺ على أن فاعل ذلك مؤذٍ وقد ورد «كل مؤذ في النار» انتهى. وظاهر كلام القرطبي في تفسيره في سورة المجادلة إنه يستحق السبق بذلك فإنه قال: إذا أمر إنسان إنساناً أن يبكر إلى الجامع فيأخذ له مكاناً يقعد فيه، فإذا جاء الآمر يقوم له المأمور لا يكره لما روي أن ابن سيرين كان يرسل غلامه إلى مجلس له في يوم الجمعة فيجلس فيه، فإذا جاء قام له منه. ثم قال:

فرع: وعلى هذا من أرسل بساطاً أو سجادة فتبسط له في موضع من المسجد انتهى. ونقله الشيخ عبد الله بن فرحون في تاريخ المدينة محتجاً به.

قلت: وتخريجه إرسال السجادة على إرسال الغلام غير ظاهر، والصواب ما قاله في المدخل وإن السبق لا يستحق بها وهذا أسلم من تخطي رقاب الناس إليها، وأما مع ذلك فلا يشك في المنع.

فرع: قال القرطبي: إذا قعد أحد من الناس في موضع من المسجد لا يجوز لغيره أن يقيمه حتى يقعد مكانه انتهى.

فرع: قال القرطبي: إذا قام القاعد في مكان من المسجد حتى يقعد غيره فيه نظر، فإن كان الموضع الذي قام إليه مثل الأول في سماع الإمام لم يكره له ذلك، وإن كان أبعد كره له ذلك لأن فيه تفويت حظه انتهى.

فرع: قال ابن فرحون في تاريخ المدينة الشريفة: قال علماؤنا: يستحب للقاضي والعالم والمفتي اتخاذ موضع من المسجد حتى ينتهي إليه من أرادهم، وبذلك قال علماء الحنفية. ونقل في المدارك أن مالكاً رحمه الله تعالى كان له موضع في المسجد وهو مكان عمر بن الخطاب رضي الله عنه. وهو المكان الذي كان يوضع فيه فرش النبي ﷺ إذا اعتكف. ثم قال: وفي إقليد التقليد لابن أبي جمرة: إن اتخاذ العلماء المساطب والمنابر في المسجد جائز للتعليم والتذكير وهم أحق بذلك، وما في جوامع مصر من ذلك، ولم ينكره أهل العلم دليل على ذلك وأما موضع لطلب الأجرة كالمعلمين فلا يكونون أحق بذلك بل ينبغي إزالتها، وكذلك إن وضع للعالم في موضع حصير فهو أحق بذلك وإن تأخر حتى سبقه غيره ويراعى في ذلك حق من يقصد العلماء فيجدهم في مكانهم انتهى والله أعلم. ص: (**وبسد كوة فتحت أريد سدها**

موضعاً رُوي عن مالك أنه أحق به، والذي عليه الجمهور أن هذا استحسان وليس بحق واجب.

(**وبسد كوة فتحت أريد من خلفها**) سئل سحنون عمن فتح كوة في غرفة يرى منها ما في دار جاره

....

خلفها) ش: قال أبو الحسن: الكوة بفتح الكاف وضمها والفتح أشهر وهي عبارة عن الطاق انتهى. ونحوه في الصحاح، وعلى الفتح فجمعها كِوى بكسر الكاف والقصر وكواء بالمد، وعلى الضم فجمعها كُوى بالضم والقصر. والمعنى أن من فتح كوة على جاره فلما قام عليه أراد أن يسد خلفها بشيء فإنه لا يكتفي بذلك بل لا بد من سدها. وفهم من قوله «فتحت» أنها محدثة وهو كذلك، أما لو كانت قديمة فإنه لا يقضي بسدها على المشهور. قال في كتاب تضمين الصناع من المدونة: ومن فتح في جداره كوة أو باباً يضر بجاره في الشرف عليه منه منع، فأما كوة قديمة أو باب قديم لا منفعة له فيه وفيه مضرة على جاره فلا يمنع منه. قال ابن يونس في حريم البئر: وقد رأيت بعض فقهائنا يفتي ويستحسن أن له أن يمنعه من التكشف وإن كانت قديمة، وإن رضيا بذلك لم يتركا لأنهما رضيا بما لا يحل لهما وهو خلاف المنصوص. والصواب أن يجبر المحدث أن يستر على نفسه انتهى. يعني المحدث للبنيان. قال أبو الحسن: والقدم الذي أراد إنما هو طول المدة وليس أنه أقدم من بناء جاره انتهى. ومن حريم البئر. وقال في تضمين الصناع والقدم: أمّا سكوت هذا الثاني أو كان متقدماً على بنائه وسكوته مدة حيازة الضرر فيكون مذهبه على هذا أن الضرر يحاز انتهى. وقال القلشاني في شرح الرسالة: سمعت شيخنا أبا مهدي يحكي عن ابن عرفة أنه أفتى بأن الكوة القديمة تسد قال: لأن المحكوم عليه كان سيء الحال انتهى. ولعل ابن عرفة إنما أفتى بذلك لكون الجار كان سيء الحال، وإلا فمذهب المدونة أنه لا يقضي بالسد وإن كان فيه ضرر على الجار. وقال ابن يونس: وهو المنصوص: وقال ابن فرحون في تبصرته: إنه المشهور وقوى ابن عبد النور في الحاوي القول بسدها.

تنبيه: قال ابن فرحون في وثائق ابن الهندي: إذا كان للرجل كوة قديمة يشرف منها على جاره، فلا قيام للجار فيها ويجب في التحفظ بالدين أن يتطوع بغلقها من جهة الاطلاع على العورات، وأن يكون التحفظ بالدين أوكد من حكم السلطان انتهى.

تنبيه: أطلق المصنف رحمه الله القضاء بسد الكوة وهو مقيد بما إذا كانت قريبة يمكن الاطلاع منها. قال في إحياء الموات من المدونة: ومن رفع بناءه ففتح كوة يشرف منها على جاره منع. وكتب عمر في هذا أن يوقف على سرير، فإن نظر إلى ما في دار جاره منع وإلا لم يمنع. وقال مالك: يمنع من ذلك ما فيه ضرر، وأما ما لا ينال منه النظر إليه فلا يمنع. قال في التنبيهات: المراد بالسرير السرير المعلوم ومثله الكرسي وشبهه لما قال بعضهم: إنه السلم لأن في وضع السلم إيذاء والصعود عليه تكلفاً لا يفعل إلا لأمر مهم وليس يسهل صعوده لكل أحد. وقال ابن أبي زمنين: السرير فرش الغرفة، وكذا سمعت بعض مشايخنا يفسره، وما ذكرناه أولى لقوله «يوضع وراءها» لأن الغرفة لا تسمى غرفة إلا إذا كانت بفرش. قال أبو الحسن: ففهم عياض أنه أراد أرض الغرفة وهذا بعيد، ولعله أراد الفرش المعلوم عند الناس. وانظر هل يؤخذ

من فعل عمر وكتابه إجازة رفع البنيان؟ انتهى. ثم قال في التنبيهات: ومعنى قوله «فإن نظر إلى ما في دار جاره منع» معناه إذا اطلع من هذه الكوة واستبان منها من دار الآخر الوجوه، فإن لم تستبن الوجوه لم يكن ذلك الاطلاع ضرراً انتهى. وقال أبو الحسن: قوله: «قال مالك يمنع من ذلك ما فيه ضرر» يعني الاطلاع من غير تقييد بسرير ولا غيره انتهى.

فرع: قال ابن ناجي في شرح قول الرسالة: فلا يفعل ما يضر بجاره من فتح كوة قريبة يكشف جاره منها، ظاهر كلام الشيخ وإن كان يشرف منها على بستان جاره فإنه يمنع وهو أحد نقل ابن الحاج في نوازله قال: ولا خلاف أن له أن يطلع المزارع انتهى. وقال ابن عرفة في نوازل ابن الحاج: لا خلاف في منع الاطلاع على الدور، وأما الفدادين والمزارع فلا خلاف في إباحة البناء الذي يطلع منه عليها، والجنانات مختلف فيها أخبرت به عن ابن الطلاع: والكروم القريبة كالجنانات لا سيما عندنا لكثرة تكرار أهلها بعيالهم إليها. انتهى والله أعلم.

فرع: قال المشذالي: فيما سد بالحكم أزيلت شواهده فليقلع عتبة الباب لأنها إن تركت وطال الزمان ونسي الأمر كانت حجة للمحدث ويقول إنما أغلقته لأعيده متى شئت. وقال بعده: وحكى ابن رشد في كيفية قطع ضرر الاطلاع قولين: أحدهما وجوب الحكم بسده وإزالة أثره خوف دعوى قدمه لسماع أشهب. الثاني: عدم وجوب سده والاكتفاء بجعل أمام ذلك ما يستره. قاله ابن الماجشون انتهى. وقال المتيطي في مسائل الضرر: إن الباب إذا حكم بسده أزيلت أعتابه وعضائده حتى لا يبقى له أثر، كذلك روي عن سحنون.

فرع: قال ابن فرحون في تبصرته: من أحدث على غيره ضرراً من اطلاع أو خروج ماء مرحاض قرب جداره أو غيره ذلك من الإحداثات المضرة، وعلم بذلك ولم ينكره ولا عارض فيه عشرة أعوام ونحوها من غير عذر يمنعه من القيام به، فلا قيام بعد هذه المدة وهو كالاستحقاق، وهذا مذهب ابن القاسم قاله ابن الهندي وابن العطار. وقال أصبغ: لا ينقطع القيام في إحداث الضرر إلا بعد سكوت عشرين سنة ونحوها وبالأول القضاء. وقال ابن رشد في البيان في آخر نوازل أصبغ من جامع البيوع: اختلف في حيازة الضرر المحدث، فقيل إنه لا يحاز أصلاً وإلى هذا ذهب ابن حبيب. وقيل إنه يحاز بما تحاز به الأملاك العشرة الأعوام ونحوها وهو قول أصبغ. ورُوي عنه أيضاً: لا يحاز إلا بالعشرين سنة ونحوها. وكان ابن زرب يستحسن في ذلك خمسة عشر عاماً، ورُوي ذلك عن ابن الماجشون. وقال سحنون في كتاب ابنه: إنه يحاز بالأربع سنين والخمس لأن الجار قد يتغافل عن جاره فيما هو أقل من ذلك السنة والسنتين. وقيل: إن كان ضرره على حد واحد فهو الذي يحاز بالسكوت عليه، وما كان يتزايد كالمطمورة إلى جنب الحائط وشبه ذلك فلا حيازة فيه وبالله التوفيق انتهى. ونقله ابن عرفة وجعل كلامه متضمناً لستة أقوال ثم قال بعده: قلت: هذا يعني القول الأخير الذي

يفصل بين ما يتزايد وما لا يتزايد. عزاه ابن سهل لنقل ابن أبي زمنين عن فتوى يحيى بن إبراهيم بن مزين، ومثل لما لا يزيد بفتح الأبواب والكوى، وما يزيد كالكنف، وسابعها أي الأقوال مطلق ما زاد على عشرة، وثامنها مطلق ما زاد على عشرين لمفهوم نقل ابن سهل عن ابن لبابة قوله العشرين قليل، ونقله عنه سمعت بعض شيوخنا المفتين يقول لا يستحق الضرر بالعشرين سنة إلا بما زاد. وذكر ابن سهل الفتوى بالثاني لعبد الله بن يحيى وابن لبابة وأيوب بن سليمان وابن الوليد قال: والقول الآخر لأصبغ في آخر كتاب الاستحقاق فيمن أحدث كوة أو باباً على دار غيره أو أندر على جنانه أو ميازيب على حائطه وهو ينظر ولا ينكر لا يستحق هذا بعشرين سنة بعد أن يحلف أنه ما كان عن رضا ولا تسليم إلا أن يطول بالدهور الكثيرة جداً فيستحقه. قلت: والأظهر عنده تاسعها انتهى.

فرع: قال ابن فرحون في آخر تبصرته في الفصل الثالث عشر في القضاء بنفي الضرر: إذا أحدث الرجل من البنيان ما يجب عليه القيام فيه بالضرر فقام جاره عليه بالقرب من الفراغ من البنيان، فعليه اليمين أن سكوته حتى كمل البنيان لم يكن عن إسقاط حقه الواجب له في ذلك من القيام بقطع الضرر انتهى. ففهم من ترتب اليمين عليه إذا قام بقرب الفراغ من الأحداث ترتبها من باب أولى إذا قام به بعد طول، وقلنا إن له القيام به ولو طالت المدة وقد تقدم في الفرع الذي قبل هذا في كلام ابن عرفة عن أصبغ أنه إنما يستحق القيام بالضرر بعد العشرين سنة حتى يحلف أنه ما كان سكوته عن رضا ولا تسليم اهـ. وما ذكره ابن فرحون في الحلف بالقيام بالقرب، نص عليه في العتبية في أثناء نوازل أصبغ من جامع البيوع ونصه: فإذا قام بذلك بعد سنة أو سنتين كما ذكرت، فلا أرى ذلك يلزمه أي الضرر المحدث، ولا يوجب عليه بعد أن يحلف بالله ما كان سكوته بذلك رضا للأبد ولا تسليماً، ثم يصرف عنه إذا حلف إلا أن يطول زمان ذلك جداً، فلا أرى له بعد ذلك دعوى ولا تبعة انتهى.

فرع: من أحدث عليه ضرر في ملكه فباعه بعد علمه، فهل ينتقل للمشتري ما كان للبائع أم لا؟ أو يفرق بين أن يكون باعه بعد أن خاصم فللمشتري القيام وإلا فلا ثلاثة أقوال. انتهى من بهرام الكبير في شرح قوله في النكاح «وللسيد رد نكاح عبده بطلقة فقط بائنة إن لم يبعه» وعزاه لابن الجلاب. وقال في التوضيح: ومن باع داره وقد أحدث عليه جاره مطلعاً أو مجرى ماء أو غيره من الضرر فقال مطرف وابن الماجشون: إن كان البائع لم يقم في ذلك حين باعها فلا قيام للمشتري، ولو كان قد قام يخاصم فلم يتم له الحكم حتى باع فللمشتري أن يقوم ويحل محله. وفي أحكام ابن بطال: معناه أن الحاكم قضى به وأعذر وبقي التسجيل والإشهاد، ولو بقي شيء من المدافع والحجج لم يجز البيع لأنه بيع ما فيه خصومة، وهذا أصل مختلف فيه انتهى. وعلى هذا القول اقتصر في الشامل فقال: وحل مبتاع محل بائع خاصم وباع قبل الحكم لا قبل قيامه انتهى. وقال في أواخر تبصرة ابن فرحون: الذي أفتى به ابن

. . . .

عتاب أنه إذا باع بعد علمه به أي بالإحداث فهو رضا منه ولا كلام للمبتاع ولا له. وروى ذلك ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ ثم ذكر بقية ما في التوضيح ثم قال: في معين الحكام: وفي العتبية ما يدل على أن للمبتاع القيام. وفي المتيطية: وقال في مسائل حبيب بن نصران: كان البائع لم يبين للمبتاع ذلك فهو عيب يوجب الرد إن كان من العيوب الموجبة للرد، وليس للبائع القيام على محدث الضرر، وإن لم يطلع البائع على الضرر حتى باع ورد عليه بالعيب وجب للبائع القيام.

قال المتيطي: ويتحصل في المسألة ثلاثة أقوال: أحدها أن بيعه بعد العلم رضا بترك القيام. والثاني أنه ليس برضا وأن للمبتاع القيام بما كان للبائع القيام به. والثالث أنه ليس برضا من البائع ولا قيام من المشتري إلا أن له الرد على البائع بالعيب إن لم يعلم به، فإن رد عليه فللبائع القيام انتهى. وقال ابن رشد في رسم الأقضية من سماع أشهب من كتاب الأقضية في مسألة من ترك أرضاً براحاً فاقتسمها الورثة ثم باعوها من غيرهم فأقامت بيد المشتري نحواً من أربعين سنة أو أكثر، ثم إن بعضهم باع حظه من شخص وعليه في حظه مجرى ماء، فأراد المشتري أن يمنع من له مرور الماء في تلك الأرض أو يمر به عليه فقال مالك: أرى أن يدعوهم القاضي بأصل قسم ما قسموا عليه فإن أتوا به حملهم عليه، وإن لم يكن إلا ما هم عليه أقروا على ذلك، وما أرى شيئاً الآن أمثل من أن يقروا على حالهم إذا لم يكن قسمهم معروفاً. قال ابن رشد: قوله «أرى أن يدعوهم القاضي بأصل قسم ما قسموا عليه فإن أتوا به حملهم عليه» يريد إن كان في أصل ما اقتسموا عليه مرور الماء على البائع لزمه ولم يكن للمشتري في ذلك كلام إلا أن يكون لم يعلم بذلك فيكون عيباً فيما اشترى إن شاء أن يمسك وإن شاء أن يرد به. وإن لم يكن في أصل ما اقتسموا عليه أن يمر الماء عليه لم يلزمه ذلك، وكان للمشتري أن يمنع منه. فلم ير في هذه الرواية مرور الماء على البائع في أرضه أربعين سنة حيازة عليه، وهذا على القول بأن الضرر لا يحاز. ولم يجعل بيعه للأرض رضا منه بترك القيام على المار بمائه فيها، وذلك خلاف ما حكى ابن حبيب في الواضحة عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ في أن من أحدث عليه ضرر فلم يتكلم فيه حتى باع لزم المشتري ولم يكن له فيه قيام وأحل المشتري محل البائع في القيام عليه بما كان للبائع أن يقوم به عليه إذ قال إن القاضي ينظر له بما كان ينظر به للبائع بأن يدعو بأصل القسم فيحملهم عليه. ويدخل في هذا اختلاف بالمعنى لأنه إذا لم يجعل بيعه رضا بترك القيام فهو بمنزلة إذا باع ولم يعلم بما أحدث عليه أو باع بعد أن علم في حال الخصام قبل أن يقضي له. وقد قال في كتاب النكاح الأول من المدونة في الذي يتزوج عبده بغير إذنه فيبيعه قبل أن يعلم أن المشتري بالخيار بين أن يمسك أو يرد، فلا يكون له من الخيار في التفرقة ما كان للبائع. وحكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ أنه إذا باع في حال الطلب والخصام قبل أن يتم له القضاء أن المشتري يتنزل منزلة البائع

....

ويكون له من الطلب ما كان له فما كان في كتاب النكاح الأول معارض لهذه الرواية ولما في الواضحة.

ويتحصل في هذه المسألة ثلاثة أقوال: أحدها أن بيعه بعد العلم الرضا منه بترك القيام. والثاني أنه ليس برضا ويقوم المشتري بما كان للبائع أن يقوم به. والثالث أنه ليس برضا من البائع ولا قيام للمشتري وإنما له الرد على البائع بالعيب إذا لم يعلم به، فإن رد عليه كان للبائع القيام. وكذلك إن باع السيد العبد الذي تزوج بغير إذنه بعد أن علم بتزوجه يدخل في ذلك الثلاثة الأقوال انتهى. وقال ابن عرفة في حريم البئر: الباجي: فمن باع داره وقد أحدث عليه مطلع أو مجرى ماء أو غيره من الضرر فقال الأخوان وأصبغ: إن لم يقم حتى باع فلا شيء للمتشري، ولو كان خاصم فيه فلم يتم له الحكم فباع فللمشتري القيام ويحل محله. ابن زرقون في أحكام ابن بطال: معناه أن الحاكم قضى به وأعذر وبقي التسجيل والإشهاد. ولو بقي شيء من المدافع والحجج لم يجز البيع لأنه بيع ما فيه خصومة وهذا أصل فيه تنازع. وفيها: من أقام بينة غير قاطعة في أرض فلمن هي بيده بيعها. وقال سحنون: بيعها حينئذ غرر. وهذا إن كان البائع في المسألة الأولى قام على محدث الضرر، وإن باع قبل أن يعلم ذلك ففي صحة قيام المبتاع على المحدث وتنزله منزلة البائع ويقوم قيامه. ثالثها إنما له الرد على البائع لحبيب عن سحنون. وتقدم قول الأخوين وقولها في العبد يتزوج بغير إذن سيده ثم يبيعه قبل أن يعلم أن لمشتريه رده بالعيب، فإن رده فلبائعه القيام به. كذا أخذته عمن أرضى من شيوخنا أنها ثلاثة أقوال. وتأملت قول الأخوين، وظاهره أن البائع باع بعد علمه بإحداث الضرر ولم يقم به وهذا لا يختلف في سقوط القيام فيه فتأمله. ابن سهل: نزل أن رجلاً فتح باباً في زقاق غير نافذ وسكت عنه أهل دوره نحو ثلاثة أعوام وباعوا دورهم، فأراد مبتاعوها سد الباب المحدث، فأجاب ابن عتاب: لا كلام فيه للمبتاع إنما الكلام فيه للبائعين، فإن لم يفعلوا حتى باعوا فهو رضا منهم، وقال أحمد بن رشيق فقيه المرية مثله، وقال ابن مالك: روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ: لا قيام في ذلك إلا أن يكون البائعون باعوا وقد خاصموا في ذلك، وعلى أن ليس لهم ذلك يدل ما في النكاح الأول من المدونة. ابن سهل: يريد مسألة العبد يتزوج بغير إذن سيده. وفي سماع القرينين من الأقضية ما يدل على خلافه، وكذا في وثائق المعروف بالمكوى للمبتاع القيام على محدث الضرر كوكيل البائع على ذلك.

قلت: وما أشار إليه في سماع القرينين فيه سكوت ذي أرض على إحداث مرور ماء على أرضه أربعين عاماً ثم باع أرضه تلك لا يمنع القيام عليه. فقال ابن رشد: لم يلزمه ذلك. ونقل كلام ابن رشد المتقدم ثم قال: قلت: وزعم ابن زرقون أن بيعه بعد علمه بالإحداث مع عدم قيامه به يسقط القيام اتفاقاً، يريد بأنه إنما يصح هذا أن لو كان ضرر الإحداث يحاز بالعلم به مع السكوت عنه اتفاقاً وليس الأمر كذلك لما قاله ابن رشد هنا. وفي نوازل أصبغ:

وَبِمَنْعِ دُخَانٍ: كَحَمّامٍ، وَرَائِحَةٍ: كَدِبَاغٍ وَأَنْدَرٍ قِبَلَ بَيْتٍ، وَمُضِرٍّ بِجِدَارٍ، وَإِصْطَبْلٍ، أَوْ حَانُوتٍ قِبَالَةَ

والعجب من قول ابن زرقون هذا مع كثرة اعتماده على كلام ابن رشد انتهى. **ص: (وأندر قبل بيت) ش:** الأندر بفتح الدال المهملة، كذا ضبطه في ضياء الحلوم ولم أقف على غيره. وقوله «قبل بيت» لا مفهوم له بل وكذلك إذا أحدث الأندر إلى جنب بيت وأضر به فإنه يمنع منه، وكذا أضر بالجنان فإنه يمنع. نقله ابن فرحون وغيره والله أعلم. **ص: (ومضر بجدار) ش:** تصوره ظاهر.

فرع: قال ابن فرحون في الباب الثالث عشر في القضاء بنفي الضرر: قال ابن الهندي: وإن قام رجل على جاره في شيء يريد إحداثه وادعى أنه ضرر وأقام بينة تشهد بأن الذي يذهب إلى إحداثه يكون فيه ضرر على جاره من اطلاع وغيره، فليس يمنع جاره من عمل ما يريد، فإذا تم عمله وثبت الضرر هدم عليه إذا اختار ذلك ولم يكن عنده فيه مدفع، انتهى. فتأمله والله أعلم. **ص: (وإصطبل) ش:** قال النووي: هو بكسر الهمزة وهمزة أصلية فكل حروف الكلمة أصلية، وهو عجمي معرب وهو بيت الخيل ونحوها، وكلام ابن غازي عليه حسن والله أعلم. **ص: (وحانوت قبالة باب) ش:** قال ابن غازي: هذا في غير النافذة لقوله

فقضى عليه بسدها فطلب أن يسدها من خلف بابها فقال: ليس له ذلك وليقلع الباب ويسدّه، وترك الباب يوجب له حيازة بعد اليوم يشهدون له أنهم يعرفون هذا الباب منذ سنين كثيرة فيصير حيازة فلا بد أن يقلع **(وبمنع دخان كحمام ورائحة كدباغ وأندر قبل بيت ومضر بجدار)** مطرف وابن الماجشون: من أحدث أندراً إلى جنب جنان رجل وهو يضر به في تدرية التبن قال: يمنع من ذلك كمن أحدث إلى جانب دار فرناً أو حماماً فيضر بمن جاوره إلا أن يأذنوا في ذلك، وأما الغسال أو الضراب يؤذي جاره وقع ضربهما فلا يمنعان من هذا، وأما الدباغ يؤذي جيرانه برائحة دباغة منتنة فهذا يمنع من ذلك كالفرن والحمام. قال: ولو أحدث جنات إلى جانب الأندر وتبن الأندر يضر به فذلك سواء، ويمنع صاحب الأندر من الضرر كما كان يمنع قبل البناء وقوع التبن في أرضه. انتهى نص ابن يونس. ابن رشد: إحداث أندر بإزاء دار أو جنان يضر ما يقع بأحدهما من تبن عند الذر، وكذا دخان حمام أو فرن أو رائحة دبغ أو إلصاق كنيف بجدار جاره أو رحا تضر بجداره وشبهه اتفاقاً في الجميع انتهى. وقد نقل هذا ابن عات في طرره وذكر هل يجعل أنبوباً في أعلا الفرن يرتقي الدخان فيها ولا يضر بمن جاوره. انظره في ابتياع حصة من أندر المشاور الصوت لا يخرق الأسماع ولا يضر بالأجسام، فلا يمنع إلا أن يضر بالجدرات فيمنع وذلك بخلاف أن يحدث في داره أو في حانوته دباغاً أو يفتح بقرب جاره مرحاضاً ولا يغطيه أو ما تؤذيه رائحته لأن الرائحة المنتنة تخرق الخياشيم وتصل إلى المعي وتؤذي الإنسان، وهو معنى قوله عليه السلام: «من أكل من هذه الشجرة» الحديث. قال: فكل رائحة تؤذي يمنع منها بهذا الحديث قال: وبهذا العمل **(وإصطبل)** من المفيد: يمنع من أحدث إصطبلاً عند بيت جاره لما فيه من الضرر ببول الدواب وزبلها ببيت جاره وحركتها في

بَابٍ، وَبِقَطْعِ مَا أَضَرَّ مِنْ شَجَرَةٍ بِجِدَارٍ، إِنْ تَجَدَّدَتْ، وَإِلاًّ فَقَوْلاَنِ،

في مقابله «وباب بسكة نافذة» على أن ما هنا مستغنى عنه بمفهوم قوله آخر «إلا باباً إن نكب» لأنه في غير النافذة انتهى. قلت: كلام ابن غازي يقتضي التسوية بين الحانوت والباب، وهو الذي حكاه ابن رشد في كتاب السلطان وأفتى به ابن عرفة. قال البرزلي في أول مسائل الضرر: وقع في الرواية التسوية بين الحانوت وباب الدار، وأن الخلاف فيهما واحد وحكاه ابن رشد في كتاب السلطان من الشرح، ورأيت في التعليقة المنسوبة للمازري على المدونة عن السيوري وغيره من القرويين أن الحانوت أشد ضرراً من الباب لكثرة ملازمة الجلوس فيه، وأنه يمنع بكل حال، ووقعت بتونس فأفتى شيخنا الإمام يعني ابن عرفة بالتسوية، والصواب ما قال بعض القرويين انتهى. ص: (وإلا فقولان) ش: أي وإن لم تكن الشجرة متجردة فقولان. نقل ابن عرفة في باب إحياء الموات عن ابن رشد أنه قال في سماع عبد الملك: الأظهر قطع ما أضر ما طال من أغصانها يعني وإن لم تكن الشجرة متجردة قال: واختاره ابن حبيب ونص كلامه: وسمع عبد الملك ابن وهب: من شكا شجرة بدار جاره لإشراف من يطلعها لاجتنائها على داره وخوف أن ينظروا إليه منها، لم يكن له قطعها وله قطع ما دخل من أغصانها في أرضه ابن رشد: له قطع ما طال من الحادثة فأضر حائطه أو دخل هواء حقه وقلعها إن أضرت حائطه، وإن كانت الشجرة قديمة قبل دار الجار فليس للجار قلعها ولو أضرت بجداره، وفي قطعه ما أضر به مما طال من أغصانها قولا أصبغ مع مطرف وابن الماجشون، لأنه علم أن هذا يكون من حال الشجرة فقد حاز ذلك من حريمها، والأول أظهر واختاره ابن حبيب انتهى.

الليل والنهار المانعة من النوم **(وحانوت قبالة باب دار)** انظر هذا مع ما نص عليه عند قوله: «وباب بسكة نافذة» **(ويقطع ما أضر من شجرة بجدار إن تجددت وإلا فقولان)** قال مطرف في الشجر يكون إلى جانب دار رجل فيضر به: فإن كانت أقدم من الجدار وكانت على حال ما هي عليه اليوم من انبساطها فلا تقطع، وإن حدث لها أغصان بعد ما بنى الجدار تضر بالجدار فليشمر منها كل ما أضر بالجدار مما حدث. وقال ابن الماجشون: تترك وما حدث وانتشر من أغصانها وإن أضر ذلك بالجدار. ابن حبيب: وقال أصبغ بقول مطرف وبه أقول. ابن يونس: وقاله عيسى بن دينار وقالوا أجمع: إن كانت الشجرة محدثة بعد الجدار فإنه يقطع منها كل ما آذى الجدار وأضر به من قليل أو كثير. وقال ابن وهب في شجرة في دار رجل فطالت حتى صار يشرف منها إلى دار جاره إذا طلع يجنيها أو غرسها قريباً من جاره، فيزعم أنه يخاف أن يطرق منها فيدخل عليه في داره قال: إن لم يكن عليه حجة إلا ما خاف من الطرق أو ممن يجنيها فلا حجة له ويؤذنه إذا أراد أن يجنيها، وأما إن خرج من فروعها إلى أرض جاره فليقطع ذلك الخارج فقط، ونحوه لأصبغ قال: إن كان عظمها وامتدادها صعوداً إلى السماء فلا تغير عن حالها كالبنيان يرفعه الرجل في حقه فيستر به الريح

لاَ مَانِعِ: ضَوْءٍ، وَشَمْسٍ، وَرِيحٍ، إِلاَّ لأَنْدَرٍ وَعُلُوِّ بِنَاءٍ وَصَوْتٍ كَكَمْدٍ، وَبَابٍ بِسِكَّةٍ نَافِذَةٍ،

ص: (لا مانع ضوء شمس وريح) ش: هذا هو المشهور في الثلاثة. وأما إحداث ما ينقص الغلة فلا يمنع اتفاقاً كإحداث فرن قرب فرن آخر أو إحداث حمام قرب حمام آخر. قاله في معين الحكام وفي التبصرة. ص: (وباب بسكة نفذت) ش: يعني أن من أراد أن يفتح لداره

والشمس عن جاره، وإن كان إنما امتدت في أرض جاره فيتشمر وتقطع وترد إلى حال لا تؤذي. قال ابن سحنون: كلما خرج منها إلى أرض جاره فليقطع حتى تعود فروعها حذاء أرض صاحبها لأن هواء الأرض لربها. قال أصبغ: وأما الشجرة التي تكون للرجل في أرض الرجل بميراث أو شراء أو قسم فامتدت فروعها فلا قول لصاحب الأرض في ذلك. وقاله ابن القاسم. ومن في حائطه شجرة فيخرج منها قضبان تحت الأرض فيظهر في أرض جاره وتصير شجراً مثمراً وثبت ذلك، فليخير من نبت في أرضه أن يقلعها أو يعطي للآخر قيمتها مقلوعة مطروحة. قال ابن القاسم: إلا أن يكون لصاحب الشجر منفعة لو قلعها أو غرسها بموضع آخر لنبتت فله ذلك، وإن كانت لا منفعة له فيها ولا مضرة عليه فيها فهي لرب الأرض. قال في المجموعة: وإن كان عليه فيها مضرة لأن عروق القديمة تسقي هذه فله قلعها إلا أن يشاء الذي ظهرت في أرضه أن يقطع عروقها المتصلة بشجرة الأول حتى لا يضر بها ويعطيه قيمتها مقلوعة إن كانت لها قيمة فذلك له. وأفتى اللخمي بقطع نخلة خيف من سقوطها على زيتونة (لا مانع ضوء وشمس) من المدونة قال مالك: من رفع بنيانه فتجاوز بنيان جاره ليشرف عليه لم يمنع من رفع بنيانه ومنع من الضرر به، وإن رفع بنيانه فسد على جاره كواه وأظلمت أبواب غرفه وكواها ومنعه الشمس أن ترتفع في حجرته لم يمنع من هذا البنيان. وقال ابن نافع: يمنع من ضرر منع الضوء والريح والشمس (وريح الأندر) الباجي: من كانت له أرض ملاصقة أندر غيره فأراد أن يبني فيها ما يمنع الريح عن الأندر ويقطع منفعته فقال مطرف وابن الماجشون: لا يمنع. وروى يحيى عن ابن القاسم أنه يمنع ما يضر بجاره في قلع مرافق الأندر التي تقام. زاد ابن يونس عن ابن القاسم: والأنادر كالأفنية لا يجوز لأحد التضييق فيها ولا قطع منافعها، وقاله ابن نافع. قال العتبي: وهو الصواب (وعلو بناء) تقدّم نص المدونة: إن رفع بنيانه لم يمنع وإن أظلمت أبواب غرف جاره وكواه. (وصوت ككمد) ابن عرفة: في ضرر صوت الحركات طرق: روى ابن القاسم: من أحدث رحا تضر بجاره منع. الباجي: أما الرحا إن ثبت أنها تضر بجدرات الجنان منع منها، وأما صوتها فقال مطرف وابن الماجشون في الغسال والضراب يؤذي جاره وقع صوتهما: إنه لا يمنع وتحتمل رواية ابن القاسم الخلاف. ووجه الأول إنما ذلك في الصوت الضعيف ليس له كبير مضرة أو ما لا يستدام، وأما ما كان صوتاً شديداً مستداماً كالكمادين والصفارين والرحا ذات الصوت الشديد فإنه ضرر يمنع منه كالرائحة. ابن عرفة: لم يحك الصقلي غير قول مطرف وابن الماجشون ولم يقيده بشيء. ابن رشد: ذهب بعض المتأخرين إلى منع ضرر الصوت واحتج بقول ابن المسيب: «اطرد هذا القارىء عني فقد آذاني». ابن رشد: وليس هذا بدليل. انظر ابن عرفة في إحياء الموات، وانظر أواخر نوازل ابن سهل أن الصحيح أنه لا يمنع مما يحط من الثمن كإحداث فرن قرب فرن آخر أو قرب دار لا يضرها الدخان.

باباً في سكة نافذة فإن ذلك له ولا يمنع من ذلك. وظاهره ولو كان في مقابلة باب جاره، وسواء كانت السكة واسعة أو ضيقة، وسيأتي بيان ذلك إن شاء الله. والسكة بكسر السين المهملة الزقاق. قاله في الصحاح. والنافذة بالذال المعجمة هي التي يخرج منها من طرفيها. واحترز بقوله «نفذت عن السكة» التي ليست بنافذة وهي التي تكون منسدة من أحد الطرفين، قال ابن الحاجب: والطريق المنسدة الأسفل كالملك لأرباب دورها. قال ابن عبد السلام: إنما جعل الجانب المنسد من أسفلها وإن أمكن أن يكون أعلاها في المكان لأنه غاية تلك الطريق فشبه أولها بالأعلى وأقصاها بالأسفل لأنها كالوعاء لمن دخل فيها انتهى. فإذا كانت السكة غير نافذة فليس له أن يفتح فيها باباً بغير إذن أهل السكة إلا إذا كان منكباً عن باب جاره المقابل له كما سيصرح بذلك المصنف في قوله «إلا باباً إن نكب»، وسيأتي الكلام عليه بعد ذكر كلام المدونة وكلام ابن رشد إن شاء الله. وما ذكره المصنف في المسألتين هو مذهب المدونة. قال في آخر كتاب القسمة منها: وليس لك أن تفتح في سكة غير نافذة باباً يقابل باب جارك أو يقاربه، ولا تحول باباً لك هنالك إذا منعك لأنه يقول الموضع الذي تريد أن تفتح فيه بابك لي فيه مرفق أفتح فيه بابي وأنا في سترة ولا أدعك تفتح قبالة بابي أو قربه فتتخذ علي فيه المجالس وشبه هذا. فإذا كان هذا ضرراً فلا يجوز أن تحدث على جارك ما يضره، وأما في السكة النافذة فلك أن تفتح ما شئت وتحوّل بابك حيث شئت منها انتهى. وقال ابن رشد في سماع عبد الملك الملقب بزونان من كتاب السلطان بعد أن ذكر الخلاف في المسألتين: فيتحصل في فتح الباب وتحويله عن موضعه في الزقاق الذي ليس بنافذ ثلاثة أقوال: أحدها أن ذلك لا يجوز بحال إلا بإذن جميع أهل الزقاق، وهو الذي ذهب إليه ابن زرب قياساً على مسألة المدونة في الدار الكبيرة، وبه جرى العمل بقرطبة. والثاني أن ذلك له فيما لم يقابل باب جاره ولا قرب منه فقطع به مرفقاً عنه، وهو قول ابن القاسم في المدونة وقول ابن وهب هاهنا. والثالث أن له تحويل بابه على هذه الصفة إذا سد الباب الأول، وليس له أن يفتح فيه باباً لم يكن قبل بحال وهو دليل قول أشهب هاهنا.

انظر البرزلي **(وباب بسكة نافذة)** من المدونة: ليس لك أن تفتح في سكة غير نافذة باباً يقابل باب جارك أو يساويه، ولا تحول باباً هناك إذا منعك لأنه يقول: الموضع الذي تريد أن تفتح به بابك لي فيه مرفق أفتح به بابي في سترة ولا أدعك أن تفتح قبالة بابي أو قربه فتتخذ علي فيه المجالس، وشبه هذا من الضرر فلا يجوز أن يحدث على جاره ما يضر به. وأما في السكة النافذة فلك أن تفتح ما شئت أو تحول بابك حيث شئت منها، وكذلك في العتبية عن ابن وهب في الفتح قبالة باب جاره أو يقدم بابه جوار باب جاره الملاصقة له في السكة غير النافذة أو النافذة مثل ما في المدونة سواء. وقاله ابن القاسم وأشهب في المجموعة إنه يمنع في غير النافذة من أن يضر بجاره في أن يفتح قبالته أو يقرب من بابه، ولا يمنع مما لا يضر به من ذلك، وأما النافذة فله أن يفتح ما شاء من الأبواب أو يقدمها، قال

....

ويتحصل في فتح الرجل باباً أو حانوتاً في مقابلة باب جاره في الزقاق النافذ ثلاثة أقوال: أحدها أن ذلك له جملة من غير تفصيل وهو قول ابن القاسم في المدونة وقول أشهب هاهنا. والثاني أن ذلك ليس له جملة من غير تفصيل إلا أن ينكب، وهو قول سحنون ورواه عنه ابنه محمد وابن حبيب. والثالث أن ذلك له إذا كانت السكة واسعة، وهو قول ابن وهب هاهنا. والسكة الواسعة ما كان فيها سبعة أذرع فأكثر لما جاء أن رسول الله ﷺ قال: «الطريق الميتاء سبعة أذرع» وقع ذلك في مسند ابن أبي شيبة من رواية ابن عباس. فوجب أن يكون ذلك حد سعة الطريق انتهى. ونقله الشيخ أبو الحسن في شرح كلام المدونة السابق وقال فيه: إلا بإذن جميع أهل الزنقة. وهذه اللفظة يستعملها المغاربة بمعنى الزقاق وليست في كلام ابن رشد.وقال في الصحاح: الزنقة السكة الضيقة انتهى. والقول الذي عزاه لابن زرب في السكة الغير النافذة عزاه أبو إسحاق لابن القاسم في كتاب البيان لسحنون ونصه: قال في كتاب البنيان: قال ابن القاسم: ليس لك في زقاق غير نافذ أن تفتح باباً أو تقدمه. ثم قال: وقال سحنون: لا تفتح في غير النافذة شيئاً بحال إلا أن يرضى الجماعة.

تنبيهات: الأول: تقدم أن ظاهر كلام المصنف أن له أن يفتح الباب في السكة النافذة ولو كان في مقابلة باب جاره، وسواء كانت السكة واسعة أو ضيقة، وهذا ظاهر كلام المدونة السابق. وصرح ابن رشد بأن ذلك قول ابن القاسم في المدونة فإنه عزا القول بالتفصيل بين الواسعة والضيقة لابن وهب كما تقدم في كلامه. وقال قبله: إن قول ابن وهب يخالف قول ابن القاسم وروايته عن مالك في آخر كتاب القسمة إذ لم يشترط في المدونة سعة السكة. وعلى كلام ابن رشد اعتمد المصنف وصاحب الشامل فقال في الأمور التي لا يمنع منها ولا من باب بسكة نافذة وإن ضاقت عن سبعة أذرع على الأصح، وثالثها إن نكب عن باب جاره وإلا فلا انتهى. إلا أنه قد يتبادر من كلام صاحب الشامل أن مقابل الأصح أنه يمنع من فتح الباب في السكة النافذة ولو كانت أكثر من سبعة أذرع وليس كذلك فتأمله.

وأما المتيطي فجعل قول ابن وهب في العتبية مقيداً لما في المدونة فقال: وأما فتح الأبواب في المحاج النافذة، فروى ابن القاسم عن مالك قولاً مجملاً أن ذلك مباح لمن شاء، ويؤمر أن ينكب قليلاً عن مقابلة باب دار جاره إلا أن تكون السكة واسعة جداً حتى لا يرى من الباب المفتوح إلا ما يرى من سلك الطريق فله أن يفتحه كيف شاء. وقال قبله: من فتح باباً في سكة نافذة فمنعه جاره وزعم أن في ذلك ضرراً على جاره وشهدت البينة بأن الزقاق ضيق وأن من في أسطوان أحدهما ينظر من في أسطوان الآخر، فإنه يحكم بغلق الباب المحدث. وكلام ابن رشد السابق يقتضي أنه مذهب المدونة أنه لا يمنع من فتح الباب في الزقاق النافذ ولو كان من في أسطوان إحداهما ينظر من أسطوان في الأخرى. وجواب ابن رشد في نوازله يقتضي أنه راعى ما في العتبية فإنه ذكر في مسائل الدعوى والخصومات من نوازله أنه

سئل عن رجلين متجاوزين بينهما زقاق نافذ فأحدث أحدهما في داره باباً أو حانوتين يقابل ذلك باب جاره، ولا يكاد يدخل أحد من أهل داره ولا يخرج إلا على نظر من الذين يجلسون في الحانوتين المذكورين لعمل صناعتهم وذلك ضرر بين لصاحب الدار وعياله. فأجاب: إذا كان الأمر على ما وصفت فيؤمر أن ينكب بابه وحانوتيه عن مقابلة باب جاره، فإن لم يقدر على ذلك ولا وجد إليه سبيلاً ترك ولم يحكم عليه بغلقها انتهى. فدل كلامه على أنه لو وجد سبيلاً لتنكيب الباب والحانوتين عن باب جاره حكم عليه بذلك إذا ثبت أن على جاره في ذلك ضرراً. فيتحصل من كلامه أنه إذا لم يكن على جاره في ذلك ضرر فله أن يفتح الباب والحانوت قبالة باب جاره، وأما إذا كان على جاره في ذلك ضرر، فإن لم يمكنه التنكيب لم يحكم عليه، وإن أمكنه ذلك حكم عليه به فتأمله. والأسطوان بضم الهمزة وبعدها سين مهملة ساكنة هو الدهليز بكسر الدال المهملة. ورأيته في المتيطية بالصاد المهملة فلعل ذلك لغة فيه.

الثاني: قول المصنف في السكة التي ليست بنافذة إلا باباً إن نكب يقتضي أنه إذا كان الباب الذي يفتحه منكباً عن باب جاره الذي يقابله جاز فتحه ولو كان ذلك بقرب باب دار جاره الملاصق له بحيث إنه يضيق عليه فيما بينه وبين بابه ويقطع ارتفاقه بذلك وليس كذلك، لما تقدم في كلام المدونة وكلام ابن رشد. فلو قال المصنف «إلا باباً إن نكب ولم يضر بجار ملاصق» لوفى بما في المدونة وبما في كلام ابن رشد.

الثالث: يدخل في كلام المصنف من له حائط في سكة غير نافذة وليس له فيها باب وأراد أن يفتح في حائطه باباً، فله ذلك إن كان منكباً عن باب جاره المقابل ولم يقرب من باب جاره الملاصق له، لكن قيد ذلك في الشامل بما إذا كان قصده الارتفاق بذلك، وأما إن جعل ذلك طريقاً يدخل الناس من باب داره ويخرجون من هذا الباب المحدث، فليس له ذلك وهو ظاهر، ولم أر من صرح به ولكنه يؤخذ من مسألة المدونة الآتية. ونص ما في الشامل: وغير النافذة كالملك لجميعهم فبالإذن إلا باباً إن نكب على الأصح وثالثها إن سد بابه الأول ونكب وإلا فلا، ولا من فتح باباً آخر بظهر داره ليرتفق به إلا أن يجعله طريقاً انتهى.

الرابع: لم يذكر المصنف ولا غيره قدر ما ينكب الباب عن باب جاره في السكة الغير النافذة، لكن قد تقدم في كلام ابن رشد عن سحنون أنه ليس له أن يفتح باباً في السكة النافذة إلا أن ينكبه. ونقله أبو إسحاق التونسي في كتاب القسمة ثم قال: قيل له: ينكبه قدر ذراع أو ذراعين؟ قال: قد ما يرى أنه يزال به الضرر عن الذي قبالته انتهى. ونقله ابن يونس وابن بطال في مقنعه ومثله يقال هنا والله أعلم.

الخامس: قال البرزلي في مسائل الضرر ناقلاً عن نوازل ابن الحاج: إن من كان له حائط

....

مصمة في سكة فكان ابن العطار يقول: ليس له منع من أراد فتح باب في السكة حذاء حائطه. وكان ابن عتاب يقول: له منعه كما لو كان له باب. البرزلي قلت: هذا الذي يجري على الحق في الفناء هل يختص بمنفعته فيكون له حق في الزقاق أو لا فلا يكون له حق انتهى. قلت: سيأتي في كلام الشيخ أبي الحسن أن لكل واحد منهما أن يمنع صاحبه من أن يفتح بقرب جداره لأنه يقول أنا أريد أن أفتح أيضاً في جداري فلا تقرب مني حتى تضيق علي، فإما أن يفتحا جميعاً أو يمنعا جميعاً والله أعلم.

السادس: قال ابن عرفة في إحياء الموات لما تكلم على السكة التي ليست بنافذة ونقل كلام ابن رشد السابق ما نصه: ولم يحك المتيطي إلا منع إحداث الباب أو تحويل القديم لقرب باب جداره بحيث يضره ذلك. ثم قال: ولو حوّله على بعد لم يكن له عليه قيام لأنه لم يزدهم شيئاً على ما كان عليه انتهى. قلت: ما ذكره عن المتيطي هو في آخر كلامه وكرر الكلام فيه قبل ذلك، وذكر أن ذلك هو الذي به القضاء. ثم قال: قال الباجي: وفي ذلك اختلاف. ثم كتب في هامش النسخة: وفي آخر كتاب القسمة من المدونة لابن القاسم أنه راعى الضرر في ذلك وكتب عليه «أصل» والله أعلم.

السابع: تقدم أن ظاهر قول المصنف: «إلا باباً إن نكب» أنه لا فرق في ذلك بين السكة الطويلة والقصيرة. وقال أبو الحسن: قوله في المدونة في السكة غير النافذة، ظاهره طويلة كانت أو قصيرة، والتفريق بين النافذة وغير النافذة إنما هو بعذر كثرة المرور، فإذا كانت السكة طويلة كانت كالنافذة. سئل الشيخ يعني نفسه عمن له في أقصى هذه السكة غير النافذة قاعة، هل له أن يكريها ممن يبنيها أو لأهل السكة منعه؟ فقال: ليس لهم منعه كما له هو أن يبني فيها ويسكن معه من شاء انتهى. وما ذكره لم أر من وافقه عليه وهو مخالف لما سيأتي في التنبيه الخامس عشر عن ابن يونس وابن بطال.

الثامن: قال أبو الحسن أيضاً: قوله في المدونة: «لأنه يقول الموضع الذي تفتح فيه بابك لي فيه مرفق وأفتح فيه بابي وأنا في سترة» الشيخ:معنى ذلك أن الباب كان هناك مفتوحاً لا أنه أراد إنشاء الباب وكأنه يقول أحل فيه بابي وأنا في سترة وأما لو أراد الإنشاء لكان للآخر أن يحتج عليه بهذه الحجة فلا يكون أحدهما أولى من الآخر، فإما أن يمنعا جميعاً أو يفتحا جميعاً انتهى. وقوله: «أحل فيه بابي» هذا اللفظ يستعمله المغاربة بمعنى أفتح بابي المغلوق.

التاسع: قال ابن عرفة في إحياء الموات ولما ذكر المتيطي الحديث السابق في تحديد الطريق قال: الميتاء الواسعة انتهى. قلت: ولم أقف على ما ذكره عن المتيطية بل رأيت في هامش نسخة منها تأمل الميتاء ما هي. وتفسير الميتاء بالواسعة قول ذكره في فتح الباري وغيره ولكنه خلاف المشهور عند أهل اللغة وأهل غريب الحديث. قال في الصحاح في فصل الهمزة

من باب المعتل: والميتاء الطريق العامرة، ومجتمع الطريق أيضاً ميتاء وسيراء انتهى. وقال المطرزي في المقرب: وطريق ميتاء تأتيه الناس كثيراً وهو مفعال من الإتيان ونظيره دار محلال التي تحل كثيراً اهـ. وقال في النهاية في باب الميم من التاء وفي حديث اللقطة: ما وجدت في طريق ميتاء فعرفه سنة أي طريق مسلوك وهو مفعال من الإتيان والميم زائدة وبابه الهمزة انتهى. يعني أنه إنما ذكره في باب الميم تسهيلاً على الطالب على عادته. وقال النووي في تهذيب الأسماء واللغات في باب الميم: وفي الحديث طريق ميتاء بكسر الميم وبعدها همزة وبالمد، وتسهل فيقال ميتاء بياء ساكنة كما في نظائره. قال صاحب المطالع: معناه كثير السلوك عليه مفعال من الإتيان انتهى. وقال في فتح الباري في كتاب المظالم: الميتاء بكسر الميم وسكون التحتانية بعد مثناة ومد بوزن مفعال من الإتيان والميم زائدة. قال أبو عمر والشيباني: الميتاء أعظم الطرق وهي التي يكثر مرور الناس بها، وقال غيره: هي الطريق الواسعة. وقيل: العامرة انتهى. وما ذكره من التشديد سهو يرده قوله بوزن مفعال ولم يذكره أحد غيره، ورأيته في البيان والمتيطية ومختصر ابن عرفة بالثاء المثلثة وليس بظاهر، قال في الصحاح في فصل الميم من باب التاء: الميتاء الأرض السهلة، والجمع مِيَت مثل هيفاء وهيف انتهى. ونحوه في القاموس وليس ذلك مراداً هنا.

العاشر: قال في المتيطية: قال أحمد بن سعيد الهندي وغيره من الموثقين: وإنما يشهد على ضيق الطريق مجملاً دون تحديد يذرع ما حده أهل العلم من الضيق والسعة. وأما أن يشهدوا فيه على الجملة وهم من غير أهل العلم فلا تعمل شهادتهم شيئاً، ولا يجب أن يقضي بها. وروى في سعة الطريق سبعة أذرع وما نقص منها فهي ضيقة، ويدل عليه ما في مسند ابن أبي شيبة أن رسول الله ﷺ قال: «الطريق الميتاء سبعة أذرع» قال ابن الهندي: وقد حضرت الفتيا بذلك، وذكر أبو محمد في نوادره أنه اختلف في ذلك فقيل: الواسعة ثمانية أشبار. وقيل: سبعة انتهى. وقال أبو الحسن الصغير: قال ابن أبي حمراء في وثائقه: الزقاق الواسعة سبعة أذرع فأكثر، والضيق ما دون ذلك انتهى. ونقل ابن عرفة كلام ابن الهندي الأخير أعني قوله: «وقد حضرت الفتيا بذلك» وذكر كلام الشيخ أبي محمد ثم قال بعده: حديث سبعة أذرع إنما ذكره عبد الحق من مصنف عبد الرزاق وقال: في سنده جابر الجعفي ولم يزد. وقال المزي في رجال الكتب الستة: هو من أكبر علماء الشيعة وثقه شعبة وتركه جماعة، وروى عنه شعبة والسفيانان انتهى.

قلت: قال شيخ شيوخنا الحافظ ابن حجر في تقريبه: جابر بن يزيد بن الحرث الجعفي أبو عبد الله الكوفي ضعيف رافضي من الخامسة، مات سنة سبع وعشرين ومائة، وقيل سنة اثنين وثلاثين. أخرج له أبو داود والترمذي وابن ماجة وفي صحيح البخاري في كتاب المظالم إذا اختلفوا في الطريق الميتاء وهي الرحبة تكون بين الطريقين ثم يريد أهلها البنيان فيترك منها للطريق سبعة أذرع. قال في فتح الباري: هو مصير منه يعني من البخاري إلى اختصاص الحكم

بالصورة التي ذكرها، وقد وافقه الطحاوي على ذلك فقال: لم نجد لهذا الحديث معنى أولى من حمله على الطريق التي يراد ابتداؤها إذا اختلف من يريد ابتداءها في قدرها كبلد يفتحه المسلمون وليس فيها طريق مسلوك، وكموات يقطعه الإمام لمن يحييه إذا أراد أن يجعل فيها طريقاً للمارة، وقال غيره: مراد الحديث أن أهل الطريق إذا تراضوا على شيء كان ذلك لهم، وإن اختلفوا جعل سبعة أذرع انتهى. ثم ذكر البخاري من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قضى النبي ﷺ إذا تشاجروا في الطريق سبعة أذرع. قال في فتح الباري: قوله «تشاجروا» تفاعلوا من المشاجرة بالمعجمة والجيم أي تنازعوا وللإسماعيلي: إذا اختلف الناس في الطريق. ولمسلم: إذا اختلفتم. وأخرجه أبو عوانة في صحيحه وأبو داود والترمذي وابن ماجة بلفظ: إذا اختلفتم في الطريق فاجعلوه سبعة أذرع. وزاد المستملي في روايته الميتاء ولم يتابع عليه وليست محفوظة في حديث أبي هريرة، وإنما ذكرها المؤلف يعني البخاري في الترجمة مشيراً بها إلى ما ورد في بعض طرق الحديث كعادته وذلك فيما أخرجه عبد الرزاق عن ابن عباس عن النبي ﷺ «إذا اختلفتم في الطريق الميتاء فاجعلوها سبعة أذرع». وروى عبد الله بن محمد في زيادات المسند والطبري من حديث عبادة بن الصامت: قضى رسول الله ﷺ في الطريق الميتاء فذكر في أثناء حديث طويل. ولابن عدي من حديث أنس قضى رسول الله ﷺ في الأرض الميتاء التي تؤتى من كل مكان قد كره، وفي كل من الأسانيد الثلاثة مقال. وقوله «سبعة أذرع» الذي يظهر أن المراد بالذراع قدر ذراع الآدمي فيعتبر ذلك بالمعتدل. وقيل: ذراع البنيان المتعارف انتهى. والمستملي أحد روات البخاري.

قلت: قال ابن رشد في نوازل سحنون من كتاب الأقضية في أثناء الكلام على مسألة الساباط: وإذا اختلف البانيان المتقابلان في الفحص فيما يجعل للطريق أو تشاحا فأراد كل واحد منهما أن يقرب جداره من جدار صاحبه، جعلا الطريق سبعة أذرع بالذراع المعروفة بذراع البنيان، فإذا بنى كل واحد منهما فيما بنى ميزاباً للمطر على الطريق لم يمنع انتهى.

الحادي عشر: تقدم في كلام بعضهم إثبات التاء في «سبعة أذرع» وفي كلام بعضهم حذفها لأن الذراع يذكر ويؤنث قال في الصحاح: ذراع اليد يذكر ويؤنث.

الثاني عشر: قال في المدونة: إذا كانت دار لرجلين ولأحدهما دار تلاصقها فأراد أن يفتح في المشتركة باباً يدخل منه إلى داره، فللشريك منعه لشركته معه في موضع الفتح، فإن قسما فقال اجعلوا نصيبي إلى جنب داري حتى أفتح فيها باباً لم يقبل منه وقسمت الدار بالقيمة فحيث وقع سهمه أخذه وإن كان في الناحية الأخرى. وإن قسما هذه الدار فاشترى أحد النصيبين رجل يلاصق داره ففتح إلى النصيب من داره باباً وجعل يمر من داره إلى طريق هذا النصيب هو ومن اكترى منه أو سكن معه، فذلك له إن أراد ارتفاقاً ولا يمنع إلا أن

يجعل ذلك كسكة نافذة لممر الناس يدخلون من باب داره ويخرجون كالزقاق فليس ذلك له انتهى. قال أبو الحسن: قوله «فللشريك منعه لشركته معه في موضع الفتح» مفهومه لو لم يكن معه فيه شريك لكان له أن يفتح. قال محمد: لو فتح في حائط نفسه ليدخل منه في دار الشركة لم أر به بأساً وكان ذلك له انتهى. ونقل ابن يونس أيضاً كلام محمد وقبله. وقال أبو إسحاق بعد أن ذكر كلام محمد: في هذا نظر، لأنه يحدث على دار الشركة باباً من داره فقد يطول الأمر فيظن أن فتح الباب حق على دار الشركة وذلك يحط من ثمنها إذا كان عليها حق فتح باب من دار أخرى انتهى.

قلت: ما قاله أبو إسحاق ظاهر لا شك فيه، والظاهر إبقاء كلام المدونة على إطلاقه وأنه ليس له أن يفتح باباً لشركته معه في موضع الفتح من الأرض ولو كان الجدار له فتأمله والله أعلم. ثم قال أبو الحسن: قوله «وقسمت الدار بالقيمة فحيث وقع سهمه أخذه» زاد ابن يونس: فإن وقع بجنب داره فتح فيه باباً إن شاء. ثم قال أبو الحسن: قوله «فاشترى أحد النصيبين رجل يلاصق داره فذلك له إن أراد ارتفاقاً قال أبو إسحاق: ما لم يغلق باب الدار الأخرى فلا يكون له ذلك انتهى.

قلت: لفظ أبي إسحاق إنما أراد به إذا أحدث باباً يخرج منه إلى باب داره فقد خفف عن صاحب النصيب الآخر بعض المرور لأنه قد كان له سكنى النصيب الذي صار له بالقسمة بأهله ثم يمر منه على نصيب صاحبه فصار يمر عليه تارة وتارة يخرج من باب داره فذلك أخف على صاحبه، وأما لو عطل الخروج من باب داره وجعل عياله وحشمه الذين في الدارين جميعاً يمرون من هذا الباب الذي على شريكه لكان لشريكه في ذلك متكلم لأن ضرر عيال دار واحدة ليس مثل ضرر دارين إذا قطع الممر من باب داره ويصير شبيهاً بما منع منه من السكة النافذة انتهى. وما قاله ظاهر.

الثالث عشر: فيمن في أرضه طريق فأراد أن يحولها إلى موضع منها أرفق به وبأهل الطريق فليس له ذلك. قال في الواضحة في كتاب القضاء في ترجمة القضاء في الطريق يشق أرض رجل: سئل ابن القاسم عن رجل يكون له الأرض البيضاء والطريق يشقها فأراد أن يحول الطريق عن موضعه إلى موضع آخر من أرضه هو أرفق به وبأهل الطريق فقال: ليس ذلك له ولا لأحد أن يحول طريقاً عن موضعها إلى ما هو دونها ولا إلى ما فوقها وإن كان مثل الطريق الأول في السهولة وأسهل منه وإن أضر ذلك به، لأنه على ذلك اشترى أو ورث أو وهب له، وإن رضي له بذلك من جاوره من أهل القرى إذا كان ذلك طريق عامة لأن ذلك حق لجميع المسلمين فلا يجوز فيه إذن بعضهم إلا أن يكون ذلك طريق قوم بأعيانهم فيأذنون له فيجوز ذلك. وقال لي ابن الماجشون: أرى أن يرفع أمر تلك الطريق إلى الإمام فيكشف عن حالها،

فإن رأى تحويلها عن حالها منفعة للعامة ولمن جاورها وحولها في مثل سهولتها أو أسهل وفي مثل قربها أو أقرب، فأرى أن يأذن له بذلك. وإن رأى في ذلك مضرة بأحد ممن جاورها أو بأبناء السبيل وعامة المسلمين منعه من ذلك. وإن هو فعل ذلك فحول الطريق دون رأي الإمام وإذنه. نظر الإمام في ذلك، فإن كان صواباً أمضاه وإن كان غير ذلك ردّه، لأن الإمام هو الناظر لجميع المسلمين وهو مكانهم في ذلك. وقال ابن نافع مثله أيضاً وهذا أحب إليّ وبه أقول انتهى. ونقله ابن أبي زيد في النوادر في كتاب القضاء في المرافق وابن أبي زمنين في المنتخب وابن فرحون في تبصرته.

الرابع عشر: قال ابن أبي زمنين في المنتخب: قال سحنون: قلت له: فلو أن داراً في جوف دار الداخلة لقوم والخارجة لغيرهم وممر الداخلة على الخارجة، فأراد أهل الخارجة أن يحولوا باب دارهم في موضع غير الموضع الذي كان فيه، فقال: إن كانوا أرادوا أن يحولوه إلى جنب الباب القديم ولا ضرر فيه على أهل الدار الداخلة فمنعهم أهل الداخلة، رأيت أن لا يمنعوا من ذلك. وإن أرادوا أن يحولوه في غير قرب الموضع الذي كان فيه فليس لهم ذلك. قلت: فإن أراد أهل الدار الخارجة أن يضيقوا باب الدار فقال ليس لهم ذلك انتهى. وهذه المسألة في المدونة في آخر كتاب القسمة.

الخامس عشر: قال ابن ناجي في شرح المدونة: وأما الزقاق غير النافذ الذي فيه أزقة فكل زقاق مستقل بنفسه، فإن أذن أهل زقاق في فتح باب بزقاقهم المستقل بهم فليس للباقين كلام. بذلك أفتى بعض شيوخنا في القديم على ما بلغني ممن يوثق به وبه أقول انتهى. وقاعدته أنه إذا قال بعض شيوخنا يشير به إلى ابن عرفة. وانظر هذا مع ما نقله ابن يونس عن سحنون في كتاب ابنه أن حبيباً سأل سحنوناً عن درب كبير غير نافذ فيه زابعة في ناحية غير نافذة ولرجل في أقصاها باب، فأراد أن يقدمه إلى طرف الزابعة فمنعهم أهل الدرب قال: لهم أن يمنعوه ولا يحركه عن موضعه إلا برضا أهل الدرب. وقال نحوه يوسف بن يحيى في الدرب الذي لا ينفذ والزوابع وكل مشترك منافعه بين ساكنه ليس لهم أن يحدثوا في ظاهر الزقاق ولا باطنه حدثاً إلا باجتماع أهله. قال ابن يونس: هذا خلاف لما في المدونة وما في المدونة أصوب، وهو قول مالك وابن القاسم وأشهب وابن وهب. وهذا بخلاف الدار المشتركة المشاعة لا يتميز حظ أحدهم عن صاحبه فما يفتح به مشترك لا يجوز إلا باجتماعهم والدور في الزوابع والدروب الغير النافذة متميزة، فلكل واحد أن يصنع في ملكه ما يضر بجاره لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» انتهى. وكأنه يعني بالزابعة الزقاق ولم أقف على ذلك في اللغة إلا أن كلام ابن بطال في مقنعه يرشد لذلك ونصه: قال سحنون في كتاب ابنه: الدرب الكبير غير النافذ مثل الزنقة غير النافذة، فإن كان في الدرب زنقة الكبير في ناحية منه غير نافذة ولرجل في أقصاها باب فأراد أن يقدمه إلى طرف الزنقة قال: لأهل الدرب أن يمنعوه ولا

وَرَوْشَنٍ وَسَابَاطٍ لِمَنْ لَهُ الْجَانِبَانِ، بِسِكَّةٍ نَفَذَتْ،

يحركه عن موضعه إلا برضا جميع أهل الدرب. فما ذكره سحنون وإن كان مخالفاً للمشهور في منع فتح الباب إلا برضا جميع أهل السكة. لكنه يدل على أن أهل الدرب لهم المنع ولو رضي أهل الزنقة وهو خلاف ما قاله ابن ناجي فتأمله. وسيأتي في القولة التي بعد هذه عن الوقار ما يوافق ما قاله ابن ناجي عن بعض شيوخه.

السادس عشر: قال البرزلي في مسائل الضرر: سكة غير نافذة لرجل فيها دار نقضها له وقاعتها لغيره فأراد أهل السكة أن يقيموا فيها سرباً فمنعهم صاحب النقض، فله ذلك إذا كان ذلك يعيب الموضع ولصاحب القاعة ذلك أيضاً انتهى والله أعلم.

السابع عشر: تقدم عند قول المصنف «وسد كوة فتحت» عن المتيطي والمشذالي أنه إذا حكم بسد باب فتح لغير وجه شرعي أن تقلع العتبات والعضائد حتى لا يبقى هناك أثر باب ونقله عنه ابن فرحون في تبصرته ونصه: تنبيه: وفي المتيطية قال ابن زرب: وإذا سد باب للضرر فلا يكون سده بغلقه وتسميره ولكن ينزع الباب وعضائده وعتبته وتغير آثاره، لأنه إذا بقي على حاله وسد بالطوب وبقيت العضائد والعتبة كان في ذلك ضرر على من أحدث عليه، وبهذا قال سائر الفقهاء بقرطبة وغيرها: لأنه إذا تقادم الزمان يكون له شاهداً وحجة، ولعله يقول إنما سددته لأفتحه متى شئت فلذلك ألزموه بتغير معالمه ورسومه حتى لا يبقى له أثر. انتهى والله أعلم. ص: **(وروشن وساباط لمن له الجانبان بسكة نفذت)** ش: قوله «لمن

ابن وهب: وكذلك لو فتح حوانيت في جداره إلى سكة من السكك مشاعة للناس ولرجل دار يقابل بابها تلك الحوانيت فشكا ضرر ذلك، فذلك على ما ذكرت ما في السكك النافذة. قال أشهب: إن كانت نافذة فله أن يفتح ما شاء وينقل ما أحب. ابن رشد: مذهب ابن القاسم في المدونة أنه لا يمنع أن تفتح باباً أو حانوتاً قبالة باب جاره في الزقاق النافذ، وقاله أشهب خلافاً لسحنون وابن وهب. وأجاب ابن رشد فيمن أحدث بداره باباً وحانوتين قبالة باب جاره بينهما زقاق نافذ ولا يخرج أحد من دار الجار ولا يدخلها إلا على نظر الجالسين في الحانوتين لعمل صنعتهم وهو ضرر بيّن برب الدار، بأن يأمر أن ينكب بابه وحانوتيه عن مقابلة باب جاره فإن لم يقدر على ذلك لم يحكم عليه بغلقها وترك. انظر في أواخر نوازل ابن الحاج ففيها نحو هذا. **(وروشن)** الجوهري: الروشن الكوة. المحكم الروشن الرف. الباجي: ما خرج من العساكر والأجنحة على الحيطان إلى طرق المسلمين، فروى ابن القاسم عن مالك لا بأس به إلا أن يكون الجناح بأسفل الجدار حيث يضر بأهل الطريق فيمنع انتهى. انظر هل له أن يفعل كذلك تحت الأرض، من نوازل البرزلي: أما وضع ساقية تمشي تحت الأرض ويغطيها من فوق بالتراب فما يجري جوازه إلا على قول أصبغ، ونقل بعد هذا لا يمنع من أحدث رفاً على طريق ولا كنيفاً إذا ستره وغطاه ولم يكن في ذلك ضرر على أحد **(وساباط لمن له الجانبان)** سمع أصبغ ابن القاسم: لمن له داران بينهما طريق أن يبني على جداريهما غرفة أو مجلساً فوق

....

له الجانبان» راجع إلى الساباط وحده لا إلى الروشن. وقال في الجواهر: يجوز إخراج العساكر والرواشن والأجنحة على الحيطان إلى طرق المسلمين، ثم ذكر مسائل الساباط. وقال البساطي: يعني أنه يجوز لمن له دار مجاورة لسكة نافذة أن يخرج في أعلى الحائط خشباً ويسقفها ويبني عليها متى شاء إذا رفع ذلك عن رؤوس المارة رفعاً بيناً، وهو الذي عني بالروشن. ويجوز لمن له دار أن الطريق المذكورة بينهما، أن يلقي على حائطه خشباً كذلك وهو الذي عنى بالساباط، فقوله «لمن له الجانبان» متعلق بالساباط على ما لا يخفى انتهى. وقوله «نفذت» مفهومه أنها إن لم تنفذ ليس له ذلك إلا بإذن الباقين وهو كذلك. وقال ابن غازي: أصل التفصيل بين النافذة وغيرها لأبي عمر في كافيه ونقله عنه المتيطي وعليه اقتصر ابن الحاجب وقبله ابن عبد السلام وابن هارون والمصنف. وأما ابن عرفة فقال: لا أعرفه لأقدم من أبي عمر بن عبد البر، وظاهر سماع أصبغ ابن القاسم في الأقضية خلافه ولم يقيده ابن رشد بالطريق النافذة فتأمله. انتهى كلام ابن عرفة. قال ابن غازي: لم أجدها في سماع أصبغ بل في نوازل سحنون انتهى.

قلت: ذكره في النوادر في كتاب القضاء في الكلأ والآبار والأودية في آخر ترجمة إحداث العساكر والرواشن ونصه: قال يوسف بن يحيى في الدروب التي ليست بنافذة والزوابع التي لا تنفذ: ذلك كله مشترك منافعه بين ساكنيه ليس لهم أن يحدثوا في ظاهر الزقاق ولا باطنه حدثاً إلا باجتماعهم في فتح باب أو إخراج عساكر أو حفرة يحفرها ويردمها انتهى. ونقله ابن يونس أيضاً في كتاب القسمة عن يوسف بن يحيى، وتقدم كلامه في التنبيه الخامس عشر من القولة التي قبل هذه، ونقله عنه أيضاً ابن بطال في مقنعه إثر كلامه السابق في التنبيه المذكور ونصه: قال يوسف بن يحيى في الدروب التي ليست بنافذة وشبهها: إن ذلك مشترك منافعه بين ساكنيه ليس لهم أن يحدثوا في ظاهر الزقاق ولا باطنه حدثاً إلا باجتماعهم في فتح باب أو إخراج عساكر أو حفرة يحفرها أو يواريها انتهى. ونحوه في مختصر أبي بكر الوقار وهو أقدم من أبي عمر فإنه تفقه بابن عبد الحكم وأصبغ ونصه: وإذا كان القوم في زقاق غير نافذ وأراد بعضهم أن يشرع في الزقاق باباً أو سقيفة أو عسكراً فلهم أن يمنعوه من ذلك، فإن أذن بعضهم وأبى بعض، فإن كان من أذن له هم آخر الزقاق وممرهم إلى منازلهم على الموضع الذي يريد أن يحدث فيه ما يحدث فإذنهم جاز، ولا حق لمن ليس له عليه ممر في شيء مما يريد أن يحدثه. وإن كانت الدار بطريق مسلوكة في حظ للمارة نافذ فليس لأحد أن

الطريق، وإنما يمنع من الإضرار بتضييق الطريق. ابن رشد: هذا إن رفع بناءه رفعاً يجاوز رأس المار راكباً. ونحوه في الزاهي وكذا الأجنحة انتهى. ونقل ابن عرفة في نوازل ابن الحاج: سنة الأنهار والطرق الارتفاق بها لعامة المسلمين فليس للسلطان أن يمنع من يريد أن ينصب على نهر إذا كانت الضفتان له أو إحداهما وأباح له صاحب الثانية ذلك ولا حجة للسلطان أن الوادي له انتهى **(بسكة**

يمنعه من باب يشرعه ولا من قناة كنيف ينشئها إذا كان بئرها مغيبة في حائطه ولا من سقيفة يعليها إذا كانت غير مضرة بما يمر تحتها من محمل عليه قبة ونحوها، ولا من عسكر يشرعه إذا أعلاه ولم ينل المارة منه أذى، وإن كان له جار محاذيه وشاحه في العسكر قسم ما بينهما من الهواء بينهما نصفين انتهى. وذكر البرزلي عن صاحب الكافي نحو ما ذكره الوقار، وما ذكره ظاهر إلا قوله في الباب إذا أراد فتحه في الزقاق غير النافذ فإنه مخالف للقول الذي مشى عليه المصنف من أنه إذا كان منكباً فليس لهم منعه. وأما ما ذكره فيما إذا أذن له بعض أهل الزقاق فيوافق ما قاله ابن ناجي في التنبيه الخامس عشر من القولة التي قبل هذه ومخالف لما نقله ابن يونس عن سحنون فتأمله. فقد وجد النص لأقدم من أبي عمر على أن ذكر أبي عمر لذلك وقبول الجماعة المذكورين له كافٍ في الاعتماد عليه والله أعلم.

فرع: لو سقط الروشن أو الساباط على أحد فمات فلا شيء على من بناه. قال في النوادر: ومن المجموعة قال ابن القاسم: قال مالك: لا بأس بإخراج العساكر والأجنحة على الحيطان إلى طرق المسلمين. قال ابن القاسم: وهي تعمل بالمدينة فلا ينكرونها واشترى مالك داراً لها عسكر. قال مالك في جناح خارج في الطريق فسقط على رجل فمات فقال مالك: لا شيء على من بناه. قيل: فأهل العراق يضمنونه؟ قالوا لأنه جعله حيث لا يجوز له فأنكر قولهم. قال: ومن أخرج جناحاً أسفل الجدار حيث يضر بأهل الطريق منع من ذلك انتهى.

فرع: قال ابن أبي زمنين في أواخر المنتخب في أواخر الديات ناقلاً عن المدونة: قال مالك: من حفر شيئاً في طريق المسلمين أو في داره مما يجوز له حفره فعطب فيه إنسان فلا ضمان عليه. قلت: وما الذي يجوز أن يحفره في طريق المسلمين؟ قال: مثل بئر المطر والمرحاض يحفره إلى جنب حائطه هذا وما أشبهه انتهى. وذكره في التوضيح في أول باب الجراح وفي المنتخب لابن أبي زمنين في باب ما يحدث في الطرق والأفنية في كتاب ابن حبيب. قلت لمطرف وابن الماجشون: والكنف التي تتخذ في الطريق يحفرها الرجل بلصق جداره ثم يواريها أله أن يمنع من ذلك؟ قال: لا إذا واراها وغطاها وأتقن غطاءها وسواها بالطريق حتى لا يضر مكانها بأحد، فلا أرى أن يمنع وما كان من ذلك ضرر بأحد منع منه انتهى. وقال في المقنع: قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: من حفر بلصق جداره كنيفاً فليغطه ويتقن غطاءه ويسوّه بأرض الطريق حتى لا يضر، فإن لم يفعل منع. وقاله أصبغ انتهى. وقال بعده: قال سحنون فيما يحدث الناس من آبار الكنف في الأفنية في الطرق: ينبغي أن تكون تحت الحيطان إلى داخل الدار ويخرج منها إلى الطريق قدر ما دخل فيه القلة للاستقاء، ويرى غيره ذلك من الضرر البين انتهى. وقال بعده: قال سحنون في زنقة غير نافذة فيها أبواب لقوم ودبر دار رجل إليها ولا باب له فيها وبلصق داره في الزنقة كنيف محفور قديم مطوي وتخرج إليه من داره قناة مبنية إلا أنها لم يجر فيها شيء منذ زمان، فأراد أن يجري فيها العذرة إلى هذا

وَإِلاَّ، فَكَالْمِلْكِ لِجَمِيعِهِمْ، إِلاَّ بَاباً إِنْ نُكِّبَ،

البئر، فمنعه أهل الزنقة أن ذلك ليس لهم إلا أن يدعوا في رقبة البئر فيكشف عن دعواهم وإلا فالبئر لصاحب الدار بهذه الرسوم الظاهرة، ولو أن هذا مشترى من غيره لكان من ذلك له ما كان لبائعه انتهى.

استطراد: سئلت عن رجلين كانت بينهما دار مشتركة فاقتسماها على أن أخذ أحدهما الجانب الأيسر ومخزناً من الجانب الأيمن والدهليز الذي بين الجانبين، وأخذ الآخر بقية الجانب الأيمن وعلو المخزن الذي في الجانب الذي أخذه صاحب الجانب الأيسر، ثم أراد صاحب الأيسر أن يركب على جدار المخزن الذي له في الجانب الأيمن بستلاً ليبني عليه جداراً والحال أن ذلك يضر ببناء صاحب العلو، فهل له ذلك أم لا؟ فأجبت بما صورته: الحمد لله، إذا أراد صاحب المخزن الأسفل أن يركب على جدار مخزنه بستلاً ليبني عليه جداراً وكان ذلك يضر ببناء صاحب العلو، فله منعه من ذلك والله أعلم. وقد نص في النوادر في ترجمة الجدار سترة بين الرجلين يدعيه كل واحد منهما من كتاب القضاء في البنيان ما نصه في جواب سحنون لحبيب: إذا كان عقد الحائط إلى أحدهما وللآخر عليه حمل خشب سقف معقودة، فالحائط لمن له العقد وللآخر حمل السقوف. وإن أراد صاحب العقد أن يبني على حائطه غرفة أو غيرها فلينظر، فإن أضر ذلك بحمل الآخر فليس له ذلك، وإن كان لا يضر فله أن يبني ما لا يضره عند أهل المعرفة انتهى. ص: **(وإلا فكالملك لجميعهم إلا باباً إن نكب)** ش: تصوره واضح مما تقدم في شرح قول المصنف «وباب بسكة نفذت».

فرع: قال البرزلي في أوائل مسائل الضرر: سئل ابن رشد عمن غرس في فناء رجل ورداً واستغله فقام صاحب الفناء يطلب زوال الورد وقيمة ما اغتل. فأجاب ابن رشد بأنه لاحق

نافذة) ما وجدت غير ما تقدم فاستظهر عليه **(وإلا فكالملك لجميعهم)** حصل ابن رشد في فتح الرجل باباً أو تحويله عن موضعه في الزقاق الذي ليس بنافذ ثلاثة أقوال: أحدها: أن ذلك لا يجوز له بحال إلا بإذن جميع أهل الزقاق قال: وهو الذي ذهب إليه ابن زرب وأقامه من المدونة وبه جرى العمل بقرطبة. الثاني: أن له ذلك ما لم يقابل باب جاره ولا قرب منه فيقطع به مرفقاً عنه، وهو قول ابن القاسم في المدوّنة. وسئل سحنون عن درب كبير غير نافذ فيه زنقة في ناحية غير نافذة ولرجل في أقصاها باب فأراد أن يقدمه إلى طرف الزنقة فمنعه أهل الدرب قال: لهم أن يمنعوه ولا يحركه من موضعه إلا برضا أهل الدرب. ابن يونس: هذا خلاف للمدونة، وما في المدونة أصوب وهو قول مالك وابن القاسم وأشهب وابن وهب، وهذا بخلاف الدار المشتركة لأن المشتركة مشاعة لا يتميز حظ أحدهم عن صاحبه، فما يفتح فيه مشترك فلا يجوز إلا باجتماعهم، والدور في الدروب غير النافذة متميزة فلكل واحد أن يصنع في ملكه ما لا يضر بجاره **(إلا باباً إن نكب)** تبين بهذا أنه لم يبن على

وَصُعُودَ نَخْلَةٍ، وَأَنْذَرَ بِطُلُوعِهِ، وَنُدِبَ: إِعَارَةُ جِدَارِهِ لِغَرْزِ خَشَبَةٍ،

للقائم على غارس الورد في الفناء على ما مضى من المدة، لأن الأفنية ليست فيها حقية الأملاك وإنما هو مقدم في الانتفاع بها إن احتاج، وليس له أن يمنع الجار إن استغنى عنه، وله إذا قام عليه أن يقلع الورد عن الفناء وينفرد بالانتفاع به، أضر الورد بجداره أو لم يضر إلا أن يتفق معه على ما يجوز بينهما انتهى. **ص: (وأنذر بطلوعه) ش:** قال في المسائل الملقوطة عن مطرف: أحب إلي أن يعلمهم لموضع حق الجوار وإن لم يفعل فلا شيء عليه من فتاوى ابن زرب انتهى. **ص: (وندب إعارة جداره) ش:** قال البرزلي في مسائل الضرر: سئل شيخنا

ما جرى به العمل بقرطبة وأقامه ابن زرب من المدوّنة وأفتى به وهو مقتضى ما تقدّم لسحنون، وإنما بنى على مذهب المدونة أن السكة غير النافذة كالملك لجميعهم لا يستحدث فيها إلا بإذنهم إلا باباً نكب فله ذلك، وقد تقدم نقل ابن يونس أن هذا بخلاف الدار المشتركة. وانظر هنا مسألة في سماع ابن القاسم فيمن له داران في رحبة لأهل الطريق ارتفاق بالأحمال بها حين ضيق الطريق بالأول وشبهها، ليس له أن يجعل عليها باباً حتى تكون الرحبة له فناء ولم يزد فيها ابن رشد شيئاً. قال ابن عرفة: ونزلت عندنا بتونس في موضعين فحكم بهدم الباب وإزالته **(وصعود نخلة وأنذر بطلوعه)** ابن يونس: قال مطرف وابن الماجشون: من صعد إلى شجرة يجنيها فيرى منها ما في دار جاره فلا يمنع من هذا ولكن يؤذن جاره. وقال ابن وهب نحوه انتهى. وسئل ابن رشد عن صومعة أحدثت يطلع منها على بعض الدور، هل هي كالشجرة يطلع منها حين اجتنائها على دار الجار؟ فأفتى بسد كل ما يطلع منه على دار، وفرق بينها وبين الشجرة بكثرة صعود الصومعة وقلة طلوع الشجرة انتهى. انظر لم يستوف الكلام على ضرر الاطلاع. وفي نوازل ابن الحاج: لا خلاف في منع الاطلاع على الدور، ولا خلاف في إباحة البناء الذي يطلع منه على الفدادين والمزارع ويختلف في الجنات. قال: المشاور يمنع الاطلاع إذا تبينت الأشخاص وإلا فلا. ابن عرفة: انظر هل أراد الأشخاص باعتبار الصنف كالرجل من المرأة أو النوع كالإنسان من غيره، وأما بالجزئية كزيد من عمر فلا. ثم ذكر ابن عرفة من شكا شجرة بدار جاره أن يتطرق إليه منها أنه ليس له قطعها بخلاف ما دخل من أغصانها في داره بخلاف شجرة في أرضه لغيره ليس له قطع ما انبسط منها. ثم ذكر أن المعنى في الاطلاع أن ما لا يوصل إليه من الاطلاع إلا بكلفة ومؤنة وقصد إلى التطلع بتكلف صعود لا وجه له إلا ذلك لم يمنع منه ويؤدب إن اطلع. قال: وأفتى الشيوخ عندنا فيمن فتح في قصبته باباً لا يطلع منه على دار جاره إلا بأن يخرج رأسه من الباب أن يجعل على الباب شرجباً وثيقاً يمنع من إخراج أحد رأسه منه وهو حسن من الفتوى انتهى. من ابن عرفة: وانظر فصل الضرر في ابن سلمون قبل ترجمة الأحباس ذكر فيه إذا أذن له في إحداث ضرر، هل له أن يرجع؟ وإن علم بالضرر وسكت عشرة أعوام فلا قيام له وإذا أحدث عليه بناء فسكت حتى تم البناء يحلف أنه ما سكت رضا، فإن باع سقط قيامه **(وندب إعارة جداره لغرز خشبه)** الموطأ. قال رسول الله ﷺ: «لا يمنع أحدكم جاره خشبه تغرز في

....

الإمام عمن أذن لجاره بغرز خشب في جداره فسقط جدار الآذن وأقامه، فطلب جاره أن يرد خشبه على ما كان في الإذن الأولى فأبى عليه. فأجاب: إن كان سقوط الجدار بتوهله لا بسبب زيد اختياراً لم يقض عليه بعود الغرز وإثبات كونه لتوهله إن تنازعا على ربه وإلا قضى عليه بعود الغرز إن كان غير مؤجل، قال البرزلي: نحو هذا في الواضحة انتهى.

فرع: قال في التوضيح: وهل لجار المسجد أن يغرز خشبه في جدار المسجد للشيوخ قولان انتهى. وقال ابن عرفة في كتاب العارية: ابن سهل: أفتى ابن عتاب بجواز التعليق من المساجد إن اتصلت بالدور ولم يضرها وجواز غرز جارها خشبه بحائطها. ونقله الشيوخ قال: ولم يتكلموا في المسجد الجامع ولا يجوز ذلك فيه لعدم اتصال الدور به ولو اتصلت به جاز عندي. وأفتى ابن القطان بمنع الغرز، وابن مالك بمنعه ومنع التعليق. قال ابن عرفة قلت: هو الصواب الجاري على حمله على الندب انتهى. وذكره ابن عرفة أيضاً في آخر باب الشركة وابن سهل في مسائل الوقف.

جداره»[1] روى ابن وهب «خشبة» بلفظ الوحدة، ورواه عبد الغني «خشبه» على الجمع وفي رواية لما حدثهم أبو هريرة نكسوا رؤوسهم فقال أبو هريرة: ما لي أراكم معرضين؟ أما والله لأرمين بها بين أكتافكم. والصواب بالتاء. ورُوي بالنون «أكنافكم». ذهب مالك إلى أن هذا ندب لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يحل مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفس منه». وقال الشافعي وأحمد بن حنبل وداود وأبو ثور وجماعة: ذلك على الوجوب إذا لم يكن في ذلك مضرة على صاحب الجدار. ومن حجتهم قول أبي هريرة: «والله لأرمين بها بين أكتافكم» وأبو هريرة أعلم بمعنى ما سمع من رسول الله ﷺ، وما كان ليوجب عليهم غير واجب. ومن حجتهم أيضاً قالوا: هذا من قضاء رسول الله ﷺ بالموافق. وأما قوله عليه الصلاة والسلام: «لا يحل مال امرىء مسلم» إنما هو على التمليك والاستملاك وليس المرفق ذلك، وكيف يكون منه والنبي ﷺ فرق بين ذلك فأوجب أحدهما ومنع من الآخر؟ واحتجوا أيضاً بأن عمر بن الخطاب قضى بذلك وقال لابن مسلمة: والله ليمرن ولو على بطنك. وقال له: لم تمنع أخاك ما ينفعه ولا يضرك؟ فلو لم يكن ذلك واجباً عند عمر ما جبره على ذلك قضى لابن عوف على ابن زيد. ومما احتج به من ذهب مذهب الشافعي أن غلاماً استشهد يوم أحد فجعلت أمه تمسح التراب عن وجهه وتقول: أبشر هنيئاً لك الجنة. فقال النبي ﷺ: وما يدريها؟ لعله كان يتكلم فيما لا يعنيه ويمنع ما لا يضره. وهذا حديث ليس بالقوي. وانظر في طرر ابن عات أن لجار المسجد أن يغرز خشبه فيه إذا لم يضر به، فإن لم يجاور المسجد دار رجل فلا يعلق منه شيء. وانظر فيها أيضاً من

---

(١) رواه البخاري في كتاب المظالم باب ٢٠، كتاب الأشربة باب ٢٤. مسلم في كتاب المساقاة حديث ١٣٦. أبو داود في كتاب الأقضية باب ٣١، الترمذي في كتاب الأحكام باب ١٨. ابن ماجة في كتاب الأحكام باب ١٥. الموطأ في كتاب الأقضية حديث ٣٢. أحمد في مسنده (٢/٢٤٠، ٤٦٣) (٣/٤٨٠).

وَإِرْفَاقٌ بِمَاءٍ، وَفَتْحُ بَابٍ. وَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ، وَفِيهَا: إِنْ دَفَعَ مَا أَنْفَقَ أَوْ قِيمَتَهُ. وَفِي مُوَافَقَتِهِ وَمُخَالَفَتِهِ: تَرَدُّدٌ.

فرع: في أحكام ابن سهل في مسائل الحبس يمنع من فتح باب في المسجد للانتفاع به والله أعلم. ص: (**وله أن يرجع**) ش: ظاهره مطلقاً طال الزمان أم لا، قصد الضرر أم لا، وهذا مذهب المدونة في العرصة المعارة لمن يبني فيها لكن جمع ابن رشد في رسم صلى نهاراً من سماع ابن القاسم من كتاب الأقضية وابن زرقون في مسألة الجدار والعرصة وحكيا الخلاف فيهما وتبعهما المصنف. ص: (**وفيها إن دفع ما أنفق أو قيمته**) ش: إنما ذكر هذا أيضاً في المدونة في مسألة العرصة المعارة لمن يبني فيها، ولكن ابن رشد وابن زرقون جمعا مسألة الجدار والعرصة وحكيا الخلاف فيهما جميعاً وتبعهما المصنف. انظر التوضيح هنا وفي العارية. ص: (**وفي موافقته ومخالفته تردد**) ش: يأتي هذا في العارية مبيناً إن شاء الله تعالى.

أراد أن يعلق بيتاً في داره على أرجل من حائط جاره كان ذلك له إن لم يضر بجاره، وليس له أن يمنعه أن يمس خشبة في جداره إذا لم يضر به، وليس له أن يضرب وتداً في جداره ولا أن يضم إليه ما يضر به كالزبل والتبن (**وإرفاق بماء وفتح باب**) الباجي: قال مطرف وابن الماجشون: كل ما طلبه جاره من فتح باب أو إرفاق بماء أو طريق وشبهه فهو مثله لا ينبغي أن يمنعه مما لا يضره ولا ينفعه منه ولا يحكم به عليه (**وله أن يرجع وفيها إن دفع ما أنفق أو قيمته وفي موافقته ومخالفته تردد**) من المدونة قال مالك: من أذنت له أن يبني في أرضك أو يغرس فلما فعل أردت إخراجه، فأما بقرب إذنك له مما لا يشبه أن تعيره إلى مثله تلك المدة القريبة فليس له إخراجه إلا أن يعطيه ما أنفق. وقال في باب بعد هذا: قيمة ما أنفق. ابن يونس: قيل: معنى قوله: «قيمة ما أنفق» أي إذا أخرج من عنده شيئاً من آجر أو جير. وقوله: «ما أنفق» إذا أخرج ثمناً فاشترى به هذه الأشياء. ابن يونس: فعلى هذا التأويل لا يكون اختلافاً من قوله. وقيل: رأى أن يعطيه قيمة ما أنفق إذا لم يكن فيه تغابن أو كان فيه تغابن يسير، ومرة رأى أن القيمة أعدل إذ قد يسامح مرة فيما يشتريه، ومرة يغبن فيه فإذا أعطى قيمة ذلك يوم بنائه لم يظلم. ابن يونس: فيكون على هذا اختلاف من قوله. ابن يونس: والتأويلان معاً محتملان. وقيل: تأويل آخر هو خطأ اهـ. انظر لم يذكر الحكم إذا أبى أن يدفع شيئاً وقد قال في المدونة: إن لم يعطه ما أنفق تركه إلى مثل ما يرى الناس أنك أعرته إلى مثله من الأمد. وروى أبو عمر: من أعار جاره خشبة يغرزها في جداره ثم أغضبه فأراد أن ينزعها فليس ذلك له، وإن احتاج إلى ذلك لأمر نزل به فذلك، وإن أراد بيع داره فقال: انزع خشبك فليس ذلك له. وروى الباجي: إذا أباح له أن يغرز فليس له أن ينزعها وإن طال الزمان واحتاج إلى جداره مات أو عاش أو باع. وقال أصبغ: إذا أتى عليه من الزمان ما يعار مثله إلى مثل ذلك الزمان فله منعه. انظر ابن عرفة نقل عن أحمد والشافعي: الغرز في جدار الدار محمول على الوجوب إن لم تكن في ذلك مضرة بينة على رب الجدار. وقاله ابن كنانة، ويأتي أيضاً على رواية زياد في القضاء بالممر في أرض الرجل لجاره إن لم

فصل المزارعة

فصل المزارعة

قال ابن عرفة: المزارعة شركة في الحرث، وبالثاني عبر اللخمي وغيره، وعبر بالأول كثير سمع عيسى: سئل ابن القاسم عن رجلين اشتركا على مزارعة. وروى البزار عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ «لا يقولنّ أحدكم زرعت وليقل حرثت» وروى مسلم عن جابر بن عبد الله أن النبي ﷺ قال: «لا يغرس المسلم غرساً ولا يزرع زرعاً فيأكل منه إنسان ولا دابة ولا شيء إلا كانت له صدقة»[1] انتهى. قال البرزلي في حديث آخر: «لا يقولن أحدكم زرعت وليقل حرثت فإن الزارع هو الله» أبو هريرة لقوله تعالى ﴿أأنتم تزرعونه أم نحن الزارعون﴾ [الواقعة: ٦٤] القرطبي في تفسير قوله تعالى: ﴿كمثل حبة﴾ [البقرة: ٢٦١] الآية دليل على أن اتخاذ الحرث من أعلا الحرف المتخذة للمكاسب ويشتغل بها العمال ولهذا ضرب الله بها المثل. قال: وفي الترمذي عن عائشة رضي الله عنها عنه ﷺ قال «التمسوا الرزق في خبايا الأرض» يعني الزرع.، وفي حديث مدح النخل من الراسخات في الوحل والمطعمات في المحل. قال: والمزارعة من فروض الكفايات يجب على الإمام أن يجبر الناس عليها وما كان في معناها من غرس الأشجار. وعن عبد الله بن عبد الملك أنه لقي ابن شهاب الزهري فقال: دلني على مال أعالجه فأنشأ يقول:

أقول لعبد الله يوم لقيته   وقد شد أحلاس المطي مشرقا
تتبع خبايا الأرض وادع مليكها   لعلك يوماً أن تجاب فترزقا

يضر به أن يكون في الجدار مثله وهل المسجد كغيره. انظر ابن عرفة وابن عات ومثل الإذن في غرز خشبه الإذن في ماء بئر أو عين لمن ينشيء عليه غرساً في ذلك ستة أقوال. كما إذا غرس على مائه وهو ساكت ثم أراد قطعه. ثم ذكر لابن عرفة إثر هذا أواخر باب الشركة إذا تنازع جاران في جدار بينهما، وهل يقضى به لمن له به القمط والكوى؟ وفي رسم الأقضية من سماع أشهب من العيوب أن الشهود إذا شهدوا أن الحائط من حقوق أحدهما بدليل عقود البناء، فهل يحلف من شهدوا له بين أن يقول: هو ملكي أو من حقوق داري؟ فرق.

فصل

هذا الفصل أقحمه في المدونة في باب الشركة وأتى به ابن شاس مع المساقاة. قال ابن عرفة:

---

(١) رواه البخاري في كتاب الأدب باب ٢٧. كتاب الحرث باب ١. مسلم في كتاب المساقاة حديث ٧،١٠، ١٢. الترمذي في كتاب الأحكام باب ٤٠. الدارمي في كتاب البيوع باب ٦٧. أحمد في مسنده (١٤٧/٣، ١٩٢، ٢٣٩، ٢٤٣) (٤٢٠/٦، ٤٤٤)

لِكُلٍّ، فَسْخُ الْمُزَارَعَةِ، إِنْ لَمْ يُبْذَرْ، وَصَحَّتْ؛ إِنْ سَلِمَا مِنْ كِرَاءِ الأَرْضِ بِمَمْنُوعٍ،

ص: **(لكل فسخ المزارعة إن لم يبذر)** ش: قال في التوضيح: المزارعة دائرة بين الشركة والإجارة، فلهذا اختلف في لزومها بالعقد، فقيل تلزم به تغليباً للإجارة وهو قول سحنون وابن الماجشون وقول ابن كنانة وابن القاسم في كتاب ابن سحنون، وقيل لا تلزم تغليباً للشركة، ولكل واحد أن ينفصل عن صاحبه ما لم يبذر. ابن رشد: وهو معنى قول ابن القاسم في المدونة، ونص رواية أصبغ عنه في العتبية. وقيل: لا تلزم إلا بالشروع في العمل، وهو قول ابن كنانة في المبسوط وبه جرت الفتوى عندنا بقرطبة، وهو على قياس رواية ابن زياد عن مالك أن الجاعل يلزمه الجعل بشروع المجعول له في العمل انتهى. قال ابن عبد السلام: والأقرب عندي أنها شركة حقيقة إلا أنها مركبة من شركة لأموال والأعمال انتهى، قال ابن

المزارعة شركة في الحرث **(لكل فسخ المزارعة إن لم يبذر)** المتيطي: الشركة في الزرع جائزة وهي لازمة بالعقد كالكراء والبيع بخلاف القراض والجعل، وهو قول ابن الماجشون وسحنون وابن كنانة وابن القاسم في كتاب ابن سحنون. وقيل: إن المزارعة لا تلزم بالعقد ولكل واحد منهما أن ينفصل عن صاحبه ما لم يبذر، وهو قول ابن القاسم في المدونة ورواية أصبغ عنه. وقيل: إنها لا تلزم إلا بالعمل كالشركة وبه جرت الفتيا بالأندلس **(وصحت إن سلما من كراء الأرض بممنوع)** من المدونة قال مالك: لا تصلح الشركة في الزرع إلا أن يخرجا البذر نصفين ويتساويا في قيمة أكرية ما يخرجانه بعد ذلك مثل أن يكون لأحدهما الأرض وللآخر البقر، والعمل على أحدهما أو عليهما إذا تساويا، والبذر بينهما نصفين. وإن أخرج أحدهما الأرض والآخر البذر والعمل بينهما وقيمة البذر وكراء الأرض سواء لم يجز، لأنه أكرى نصف أرضه بطعام صاحبه. ولو اكتريا الأرض من أجنبي أو كانت لهما جاز أن يخرج أحدهما البذر كله والآخر البقر والعمل وكراء ذلك وقيمة الأرض والبذر سواء، وإذا سلم المتزارعان في قول مالك من أن تكون الأرض لواحد والبذر من عند الآخر جازت الشركة، إن تساويا، ولم يفضل أحدهما الآخر بشرط في عمل ولا نفقة ولا منفعة، قال سحنون: إن تفاضلا في العمل تفاضلاً كثيراً له بال فالشركة تفسد والزرع بينهما والأرض بينهما، وإن كان التفاضل يسيراً لم تفسد الشركة كما أجاز مالك أن تلغى الأرض التي لا كراء لها. والذي نقل أهل كتب الأحكام أي الذي جرى به العمل أن المتزارعين إذا سلما من كراء الأرض بما يخرج منها فلا بأس بالتفاضل ممن كان، وشركتهما جائزة إذا اعتدلا في الزريعة وإن لم يقوما العمل ولا عرفا كراء الأرض وهو قول عيسى بن دينار. وقال المتيطي: إن كان العرف بالبلد أن الحصاد والدراس والتصفية على العامل وكان ذلك كله مع جميع العمل مساوياً لكراء الأرض جاز على قول ابن القاسم، ولم يجزه سحنون لأنه لا يدري كيف يكون. قال: ويعقد فيه على مذهب ابن القاسم وعلى العامل يعني بعد الحرث والزرع ما يحتاج الزرع إليه من خدمة وسقي وتنقية وحصاد ونقله إلى الأندر ودراسته فيه وتصفيته إلى أن يصير حباً مصفى فيقسمانه على الكيل. قال: وإن كانت في الأرض عمارة لربها وباعها من العامل في

وَقَابَلَهَا مُسَاوٍ، وَتَسَاوَيَا،

عرفة: وفي لزومها بالعقد أو الشروع ثالثها بالبذر لابن رشد عن سحنون مع ابن الماجشون، وابن كنانة، وابن القاسم في كتاب ابن سحنون، وابن كنانة في المبسوط، وبه جرت الفتيا بقرطبة، وهو على قياس رواية على ما في لزوم الجعل بالشروع وقول ابن القاسم فيها مع سماعه أصبغ، ولم يحك ابن حارث عن ابن القاسم غير الأول وقال: اتفقوا على انعقادها بابتداء العمل انتهى. **ص: (وتساويا) ش:** لا شك في إغنائه عما تقدم فشرطها شيئان كما قال أبو الحسن الصغير: لا تصح الشركة في المزارعة إلا بشرطين: أن يسلما من كراء الأرض

صفقة المزارعة جاز، لأن العمارة من نفس الشركة غير خارجة عنها، فتقول بعد ما تقدم: وباع فلان رب الأرض من المزارع فلان ما كان له في الأرض المذكورة من حرث قليب وثناء وتثليث بكذا وكذا دينار قبضها أو يقبضها إلى أجل كذا. قال: وإن شرط رب الأرض هدايا في العيدين والنيروز والمهرجان وساوى ذلك مع العمل كراء الأرض فهو جائز، وتقول: ولرب الأرض على العامل في كل عيد أضحى كبش سمين رباع، وفي كل عيد فطر مثله. وكذا كذا دجاجة سمينة فتية في فصل النيروز وخروف سمين ابن شهرين، وفي المهرجان كذلك بعد أن قوما ذلك كله مع العمل فكان مساوياً اهـ. انظر أرض الجالب الشأن فيها أن لا يعطى العامل الزريعة فإذا أخرج العامل ثمناً وحسبه كأنه ثمن عمارة أو ثمن كبش يعطيه رب الأرض هدية واشترى به زريعة ونوى أنه لا يتمولها إذا ردت عليه بعد القسمة باعها واشترى بثمنها زريعة وهكذا إلى آخر عام يصرفها حيث يجب فالظاهر أن هذا يسوغ له اهـ. انظر ما ذكرته أنه يشتري بالزريعة زريعة أخرى للعام الآتي وهذا وهم، بل يصرفها في مصرفها ويشتري من مال نفسه زريعة للعام الآتي. وانظر هذا كله مع قولهم أن العمل جرى بمذهب عيسى بن دينار ما الذي يقتضيه قول ابن يونس الذي أتى به كأنه فقه مسلم على المشهور فقال ما نصه: قال بعض فقهائنا القرويين: إذا أخرج أحدهم الأرض والآخر العمل فهذه إجارة وتلزم بالعقد. وأجاز سحنون أن يكون كراء الأرض أكثر من قيمة العمل لأن ذلك إجارة لا يحتاج فيها إلى التساوي، ويلزم كل واحد أن يبذر مع صاحبه للزوم الشركة اهـ. وستأتي مسألة الخماس عند قوله «أو لأحدهما الجميع». وانظر هذا المأخذ بالنسبة لأئمة القرى تقول للإمام أن يكري فداناً بعشرة دراهم وله أن يكري الفدان يوماً بعشرة دراهم وما جاز كراؤه جازت الإجارة به **(وقابلها مساو وتساويا)** من المدونة قال مالك في رجلين اشتركا في الزرع فيخرج أحدهما أرضاً له قدر من الكراء فيلقيها لصاحبه ويعتدلان فيما بعد ذلك من العمل والزرع والبذر: فلا يجوز إلا أن يخرج صاحبه نصف كراء الأرض ويكون جميع العمل والبذر بينهما بالسوية، أو تكون أرضاً لا خطب لها في الكراء فيجوز أن يلغي كراءها لصاحبه ويخرجان ما بعد ذلك بالسوية بينهما. ابن يونس: إن قيل فهذه شركة وبيع يعني إذا أعطى شريكه نصف كراء الأرض عيناً أو عرضاً قيل: إنما ينهى عن ذلك إذا كان البيع خارجاً عن الشركة اهـ. وانظر في ابن سلمون على القول المشهور أن لكل منهما الفسخ ما لم يبذر إذا أراد أحدهما الفسخ بعد قليب الأرض أو بعد عام وقد كان العقد لأعوام. وانظر فيه أن

إِلاَّ لِتَبَرُّعٍ بَعْدَ الْعَقْدِ، وَخَلْطُ بَذْرٍ إِنْ كَانَ، وَلَوْ بِإِخْرَاجِهِمَا؛ فَإِنْ لَمْ يَنْبُتْ بَذْرُ أَحَدِهِمَا وَعُلِمَ: لَمْ

بما يخرج منها، وأن يعتدلا فيما بعد ذلك. ص: **(وخلط بذر إن كان ولو بإخراجهما) ش:** يعني أنه يكفي في خلط البذر أن يخرجاه، ولو زرع هذا في ناحية وهذا في ناحية، وزرع أحدهما متميز عن الآخر. وهذا قول مالك وابن القاسم وعليه يتفرع قوله بعد هذا: فإن لم ينبت بذر أحدهما إلى آخره. وأشار بـ«لو» إلى قول سحنون إنه لا يكفي ذلك بل لا بد من خلطهما في المزارعة حتى لا يتميز أحدهما عن الآخر. قال ابن الحاجب: والبذر المشترك شرطه الخلط كالمال. قال في التوضيح: لما كان الخلط ظاهراً في عدم تمييز أحدهما عن الآخر بين أنه ليس المراد ذلك بقوله «كالمال» فأشار إلى ما قدمه وهو إما أن يكون تحت أيديهما أو أحدهما. وهكذا قال مالك وابن القاسم. اللخمي: واختلف عن سحنون فقال مرة بقول مالك، وقال مرة إنما تصح الشركة إذا خلطا الزريعة أو جمعاها في بيت أو حملاها إلى فدان، ونص هذا الثاني عند ابن يونس، ومن كتاب ابن سحنون: وإذا صحت الشركة في المزارعة وأخرجا البذر جميعاً إلا أنهما لم يخلطا فزرع هذا في فدان أو في بعضه وزرع الآخر في الناحية الأخرى ولم يعملا على ذلك، فإن الشركة لا تنعقد ولكل واحد ما أنبت حبه ويتراجعان في فضل الأكرية ويتقاصان، وإنما تتم الشركة إذا خلطا ما أخرجاه من الزريعة أو جمعاها في بيت واحد أو حملاها جميعاً إلى الفدان وبذر كل واحد في طرفه فزرعا واحدة ثم زرعا الأخرى فهو جائز، كما لو جمعاها في بيت بعض القرويين، وعند ابن القاسم أن الشركة جائزة خلطا أو لم يخلطا. ابن عبد السلام: ولعل المصنف إنما سكت لاحتماله جواز الإقدام على ذلك ابتداء أو أنه ممنوع أولاً لكنه إذا وقع مضى، وهو الظاهر من تفريعه انتهى. وقال اللخمي:

الأرض إذا كان فيها عمارة لصاحبها لا يجوز أن يشترط على العامل أن يخرج عن مثلها. وانظر أيضاً إذا غط فزرع فدان جاره هنا إذا اختلطت الزروع عند الحصاد، ومن باع زريعة فلم تنبت. وانظر إذا لم يخلطا الزريعة فنبت زرع الواحد ولم ينبت زرع شريكه **(إلا لتبرع بعد العقد)** الذي لابن رشد: قول ابن القاسم «إن كانت الشركة على غير السلف ثم سأله أن يسلفه الزريعة ففعل فلا بأس بذلك» فيه نظر على أصله أن المزارعة لا تلزم بالعقد. وقال بعضهم: هذا يدل أنها تلزم بالعقد ولا دليل من هذه الرواية، وإنما لم تفسد المزارعة إذا كان السلف بعد العقد وإن كانت عنده غير لازمة بالعقد مراعاة لقول من يراها لازمة بالعقد. والذي لابن يونس قال ابن حبيب: إن تفاضلا فيما أخرجه المتزارعان فإن كانا عقدا على الاعتدال جاز ما فضل به أحدهما الآخر طوعاً، قل أو كثر إن اعتدلا في الزريعة. وقال سحنون: إن صح العقد جاز أن يتفاضلا، ولم يفرق بين زريعة وغيرها. وكذلك لو أسلف أحدهما الآخر بعد صحة العقد من غير رأي ولا عادة. الشيخ: يريد سحنون لأن الشركة تلزم بالعقد كالبيع اهـ. **(وخلط بذر إن كان ولو بإخراجهما فإن لم ينبت**

يُحْتَسَبْ بِهِ، إِنْ غَرَّ. وَعَلَيْهِ مِثْلُ نِصْفِ النَّابِتِ. وَإِلاَّ فَعَلَى كُلٍّ: نِصْفُ بَذْرِ الآخَرِ، وَالزَّرْعُ بَيْنَهُمَا: كَأَنْ تَسَاوَيَا فِي الْجَمِيعِ،

فصل: اختلف إذا كان البذر من عندهما، هل من شرط الصحة أن يخلطاه من قبل الحرث؟ فأجاز مالك وابن القاسم الشركة إذا أخرجا قمحاً أو شعيراً وإن لم يخلطاه، وهو أيضاً أصلهما في الشركة في الدراهم والدنانير. واختلف عن سحنون فذكر مثل ما تقدم انتهى، فأشار المصنف إلى أن الخلط يكفي فيه إخراجهما البذر ولو لم يخلطاها كما هو عند مالك وابن القاسم وأحد قولي سحنون، وأشار إلى قول سحنون الثاني بـ«لو» كما تقدم بيانه. وحمل الشارح كلام المصنف على أنه مشى على قول سحنون وهو غير ظاهر، ولا يتأتى عليه ما فرعه المؤلف وإن لم ينبت إلى آخره فتأمله والله أعلم.

تنبيه: قال في التوضيح في قول ابن الحاجب المتقدم: والبذر المشترك شرطه الخلط بعد أن تكلم على فروع المسألة.

تنبيه: بقي على المصنف شرط آخر في البذر وهو تماثلهما جنساً، فإن أخرج أحدهما قمحاً والآخر شعيراً أو سلتاً أو صنفين من القطنية فقال سحنون: لكل واحد ما أنبت بذره ويتراجعان في الأكرية. ثم قال: يجوز إذا اعتدلت القيمة. اللخمي: يريد والمكيلة انتهى. ونقله ابن عرفة عن ابن يونس عن سحنون وزاد بعده: قال بعض القرويين: من لم يجز الشركة بالدنانير والدراهم لم يجز المزارعة بطعامين مختلفين ولو اعتدلت قيمتهما لعدم حصول المناجزة لبقاء يد كل واحد على طعامه ولكل واحد ما أنبت طعامه، ولا يكون التمكين قبضاً كالشركة الفاسدة بالعروض لا يضمن كل واحد سلعة صاحبه وإنما يشتركان بأثمان السلع التي وقعت الشركة فيها فاسدة انتهى. ص: **(وإن لم ينبت بذر أحدهما وعلم لم يحتسب به إن غر الخ)**

بذر أحدهما وعلم لم يحتسب به إن غر وعليه مثل نصف النابت وإلا فعلى كل نصف بذر الآخر والزرع لهما) سحنون: شرط المزارعة أن يخلطا البذر إن كان منهما. ابن يونس عنه: أو يجمعا الزريعة في بيت واحد أو يحملاها جميعاً إلى الفدان ويبذر كل واحد في طرفه فيزرعا واحدة ثم يزرعا الأخرى فهذا جائز كما لو جمعاها في بيت وتصح الشركة. قال بعض القرويين: عند ابن القاسم خلطا أو لم يخلطا الشركة جائزة، وإذا صحت الشركة في هذا فنبت بذر أحدهما ولم ينبت بذر الآخر، فإن غر منه صاحبه وقد علم أنه لا ينبت فعليه مثل نصف بذر صاحبه والزرع بينهما ولا عوض له في بذره، وإن لم يعلم أنه لا ينبت ولم يغره فإن على الذي لم ينبت بذره أو يغرم لصاحبه مثل نصف بذره الذي نبت والزرع بينهما على الشركة، غره أو لم يغره. وانظر هنا في ابن عرفة أنه يرجع عليه بكراء ما عطل من أرضه كمن أكرى مطمورة أو باعها ودلس بأنه يستاس فيها الزرع **هل** يغرم ما استاس فيها **(كأن تساويا في الجميع)** المتيطي: سنة المزارعة الاعتدال والتساوي في الأرض

أَوْ قَابَلَ بَذْرَ أَحَدِهِمَا: عَمَلٌ أَوْ أَرْضُهُ وَبَذْرُهُ، أَوْ بَعْضُهُ؛ إِنْ لَمْ يَنْقُصْ مَا لِلْعَامِلِ عَنْ نِسْبَةِ بَذْرِهِ، أَوْ لأَحَدِهِمَا الْجَمِيعُ، إِلاَّ الْعَمَلَ،

ش: قال في الذخيرة: قال في الكتاب: إذا شرط في الحب الزراعة فلم ينبت والبائع عالم أو شاك، رجع بجميع الثمن لأن البائع غره، والشراء في أن الزراعة بثمن ما يزرع كالشرط. وإن اشتراه للأكل فزرعه لم يرجع بشيء إلا أن يكون ذلك ينقص من طعمه أو فعله يرجع بقيمة النقص لو اشتراه للزراعة. قال ابن يونس: فإن شارك بهذا غيره فنبتت زريعة الغير دونه، فإن دلس البائع رجع عليه بنصف المكيلة ونصف كراء الأرض التي أبطل عليه وإلا فنصف قيمة العيب وما ينبت في الوجهين بينهما. قال أصبغ: قال سحنون مثله إلا في الكراء سكت عنه وزاد: إن دلس دفع نص المكيلة زريعة صحيحة، ودفع إليه شريكه نصف مكيلة لا تنبت، وهذا إذا زال الإبان وإلا أخرج زريعته صحيحة انتهى. وقال ابن عبد السلام: سكت في الرواية عن رجوع المغرور على الغار بقيمة نصف العمل فيما لم ينبت إن كان العمل على المغرور، وينبغي أن يكون له الرجوع بذلك لأنه غرور بالفعل. قال بعده في التوضيح: خليل: وينبغي أن يرجع عليه بنصف قيمة كراء الأرض التي غر فيها انتهى. وكأنه لم يقف على نص. وقال ابن عرفة

والبذر والبقرة والأداة والعمل كله حتى يصير ما هلك من ذلك ضمانهما معاً وهذه غاية الكمال فيها **(أو قابل بذر أحدهما عمل)** من المدونة: لو أكتريا الأرض أو كانت لهما جاز أن يخرج أحدهما البذر كله والآخر العمل. انظر قبل هذا عند قوله «وصحت» **(أو أرضه وبذره)** سحنون: إن أخرج أحدهما الأرض والبذر وأخرج الآخر العمل جاز وقد قال بعد هذا «أو لأحدهما الجميع إلا العمل» **(أو بعضه)** سحنون وابن حبيب: إذا اشترك رجلان فأخرج أحدهما الأرض وثلثي الزريعة وأخرج الآخر ثلث الزريعة والعمل على أن يكون الزرع بينهما نصفين. ابن حبيب: أو على الثلث والثلثين فذلك جائز كله إذا كافأ عمله كراء الأرض. وما فضله به من الزريعة لأن زيادة الزريعة بإزاء عمل العامل **(إن لم ينقص ما للعامل عن نسبة بذره)** قال سحنون وابن حبيب: إن أخرج أحدهما ثلثي الأرض وثلث البذر وأخرج الآخر ثلث الأرض وثلثي البذر والعمل والزرع بينهما نصفين لم يجز، وكأنه أكرى سدس أرضه بسدس بذر صاحبه، فإن نزل فلكل واحد بقدر ماله من البذر ويتراجعان في فضل الأكرية. ابن يونس: قال بعض فقهائنا: ينبغي على مذهب ابن القاسم أن يكون الزرع بينهما نصفين **(أو لأحدهما الجميع إلا العمل)** هذه مسألة الخماس تقدمت الإشارة إليها عند قوله: «وقابلها مساو» ولابن عرفة فيها كلام. وسئل ابن رشد ما يقول في رجلين اشتركا في الزراعة على أن جعل أحدهما الأرض والبذر والبقر، وجعل الثاني العمل ويكون الربع للعامل؟ فأجاب: إن عقداها بلفظ الشركة جاز اتفاقاً، فإن كان بلفظ الإجارة لم يجز اتفاقاً، وإن عرا العقد من اللفظين فأجاز ذلك ابن القاسم ومنعه سحنون. ابن رشد: ومثل هذا أيضاً هي مسألة الملاحة يجعل صاحب الملاحة أحواضه وشربه من الماء ويجعل الآخر خدمته في ذلك على أن يكون ما خرج إليه فيها من الملح بينهما نصفين أو على الثلث

إِنْ عَقَدَا بِلَفْظِ الشَّرِكَةِ، لاَ الإِجَارَةِ، أَوْ مُطْلَقاً، كَإِلْغَاءِ أَرْضٍ، وَتَسَاوَيَا غَيْرَهَا أَوْ لأَحَدِهِمَا أَرْضٌ رَخِيصَةٌ وَعَمَلٌ عَلَى الأَصَحِّ.

بعد ذكره كلام ابن عبد السلام قلت: قوله: «سكت في الرواية» هو كما قال في الرواية هنا ولكن ذكر الصقلي في الرد بالعيب ما يدل على الخلاف في ذلك. قال ما نصه: قال ابن حبيب: لو زرع بما لا ينبت فنبت شعير صاحبه دون شعيره، فإن دلس رجع عليه صاحبه بنصف مكيلته من شعير صحيح وبنصف كراء الأرض الذي أبطل عليه. وقاله أصبغ. وقال سحنون مثله إلا الكراء لم يذكره.

قلت: ظاهر قول سحنون سقوط الكراء وهو مقتضى قول ابن القاسم فيها فيمن غر في إنكاح غيره أمة أنه يغرم للزوج الصداق ولا يغرم له ما يغرمه الزوج من قيمة الولد. ونحوه قوله في كتاب الجنايات: من باع عبداً سارقاً دلس فيه فسرق من المبتاع فرده على سيده بالعيب، فذلك في ذمته إن عتق يوماً. وأظن في نوازل الشعبي: من باع مطمورة دلس فيها بعيب التسويس فخزن فيها المبتاع فاستاس ما فيها أنه لا رجوع له على البائع بما استاس فيها. قال: ولو إكراهاً منه لرجع عليه انتهى. ومسألة عدم نبات البذر ذكرها ابن يونس في العيوب والبرزلي في الرد بالعيب. ص: **(كإلغاء أرض وتساويا غيرها)** ش: يريد إلا أن تكون تافهة لا خطب لها كما قاله في المدونة. ص: **(أو لأحدهما أرض رخيصة وعمل على الأصح)** ش: ليس مراده رحمه الله بهذا التنبيه على استثناء الأرض التافهة التي لا خطب لها، وإنما أشار به لما ذكره ابن يونس عن سحنون وابن عبدوس ونصه بعد أن ذكر عن المدونة جواز إلغاء الأرض التي لا خطب لها قال سحنون: إذا أخرج أحدهما الأرض والآخر البذر فلا يجوز إلا أن يكون

أو الثلثين وما أشبه ذلك، فإن هذا كما إذا تزارعا على أن جعل أحدهما الأرض والبذر والآخر العمل وحده، فيتحصل القول في هاتين المسألتين أنهما إن أفصحا فيهما بلفظ الإجارة لم يجز، وإن أفصحا في مسألة الملاحة بلفظ الشركة وفي مسألة المزارعة جازتا جميعاً، وإن أتيا بلفظ الإجارة لم يجز، وإن أتيا في كل واحدة منهما بلفظ محتمل للوجهين يخرج على قولين اهـ. من نوازل سحنون من كتاب الجعل والإجارة. وذكر أيضاً أن مذهب سحنون إجازة كراء الملاحة أشهراً مسماة بكيل من الملح، ووجهه ابن رشد قال: وليس كمن سلف كتاناً في ثوب كتان **(إن عقدا بلفظ الشركة لا الإجارة أو أطلقا)** انظر إن عطفت «أطلقا» على «عقدا» كان ذلك على مذهب ابن القاسم. وفي نوازل البرزلي: إن زاد الخماس زيادة على نقل السنبل إلى الأندر فسدت الشركة **(كإلغاء أرض وتساويا)** انظر هذا فإنه مشكل إن عطفنا «أطلقا» على هذا فإنه قد تقدم نص المدونة أن صاحب الأرض التي لها خطب إن ألغاها فسدت الشركة حتى يعطيه شريكه نصف الكراء **(أو لأحدهما أرض رخيصة وعمل على الأصح)** قال ابن عبدوس: إنما أجاز مالك أن تلغى الأرض التي لا خطب لها إذا تساويا في إخراج الزريعة والعمل، فأما إن كان مخرج الأرض البذر غير مخرج الأرض لم يجز، وإن كان لا

وَإِنْ فَسَدَتْ وَتَكَافَآ عَمَلاً، فَبَيْنَهُمَا، وَتَرَادَّا غَيْرَهُ، وَإِلاَّ فَلِلْعَامِلِ، وَعَلَيْهِ الأُجْرَةُ، كَانَ لَهُ بَذْرٌ مَعَ عَمَلٍ، أَو أَرْضٌ، أَوْ كُلٌّ لِكُلٍّ.

أرضاً لا كراء لها وقد تساويا فيما سواها، فأخرج هذا البذر وهذا العمل وقيمة ذلك سواء، فهو جائز لأن الأرض لا كراء لها، وأنكر هذا ابن عبدوس وقال: إنما أجاز مالك أن تلغى الأرض إذا تساويا في إخراج الزريعة والعمل، فأما إذا كان مخرج البذر غير مخرج الأرض لم يجز وإن كان لا كراء لها ويدخله كراء الأرض بما يخرج منها ألا ترى لو أكريت هذه الأرض ببعض ما يخرج منها لم يجز، وهذا هو الصواب انتهى والله أعلم. **ص: (أو كل لكل) ش:** يعني وكذا تفسد الشركة ويكون الزرع كله للعامل إذا كان كل واحد من الأرض والبذر والعمل من عند كل واحد من الشركاء، الأرض لواحد، والبذر من واحد، والعمل على واحد، فتكون المزارعة من ثلاثة أنفس، قال في التوضيح عند قول ابن الحاجب: وإن كان البذر فقط من المالك أو من أجنبي فقال ابن القاسم: الزرع للعامل. وقال سحنون: الزرع لرب البذر ثم يقومان بما يلزمهما من مكيلة البذر وأجرة الأرض والعمل، دل كلامه على أنها تقع على وجهين: الأول أن يكون البذر من المالك للأرض ومن الآخر العمل. والوجه الثاني أن يكون البذر من أجنبي فتكون الأرض لواحد والبذر لآخر والعمل لآخر، وتكون الشركة من ثلاثة أشخاص، ولا إشكال في فساد الوجه الثاني لمقابلة جزء من الأرض بجزء من البذر، وأما الوجه الأول فقد يقال فيه نظر. وقوله «فقال ابن القاسم الزرع للعامل» يعني في الوجهين وهذا ظاهر ما لمالك وابن القاسم في الموازية. ونص ما نقله ابن يونس: قال ابن المواز: ومن قول مالك وابن القاسم إن الزرع كله في فساد الشركة لمن تولى القيام به كان مخرج البذر صاحب الأرض أو غيره. وعليه إن كان هو مخرج البذر كراء أرض صاحبه وإن كان صاحبه مخرج البذر عليه له مثل بذره

كراء لها، وهذا هو الصواب خلاف قوله في المدوّنة في باب آخر. انظر ابن يونس **(وإن فسدت وتكافآ عملا فبينهما وترادا غيره وإلا فللعامل وعليه الأجرة كان له بذر مع عمل أو أرض أو كل لكل)** ابن عرفة: فاسدها يفسخ فإن فات بالعمل ففيه اضطراب. ابن رشد: في ذلك ستة أقوال، وعزا ابن الحاجب هذا للباجي لظنه أن ابن شاس عنى بالشيخ أبا الوليد الباجي، وراجع في هذا ابن عرفة وراجع فيه أيضاً إذا غاب أحد الشريكين فزرع الآخر أو زرع بعض الأرض أو كان العمل عليه فنقص حرثه أو حرث كريم الأرض وترك غيره أو زرع أرض غيره دالة كما لو زرعت المرأة أرض زوجها أو أخطأ وزرع أرض غيره أو بنى في عرصة غيره. انظر نوازل أصبغ من كتاب المزارعة وما نبت بالتخم، وكيف لو حرث أحد الورثة قدر حظه من الأرض. نقل البرزلي عن أبي حفص: ليس على الزارع كراء إذا زرع قدر حصته قال: وليس الأرض كمركب يسافر به. قال البرزلي: وعلى هذا فالدار كالأرض أنها على حالها. وقد أجاب السيوري: إن من سكنت داراً لها فيها شركاء أنها تطلب

باب الوكالة

كراء أرض صاحبه وإن كان صاحبه مخرج البذر عليه له مثل بذره. وهكذا نقل الشيخ أبو محمد هذا القول. واعترض بعض القرويين على أبي محمد ما نقله عن ابن القاسم أنه لصاحب العمل وقال: لم نجد لابن القاسم أن الزرع للعامل دون أن يضاف إليه شيء. وقوله: «وقال سحنون» ظاهره أيضاً في الوجهين، ولم أر النص عن سحنون إلا في الوجه الأول وهو إذا كان البذر من عند رب الأرض، فإن ابن يونس نقل عنه أن الزرع لرب الأرض وذكر عنه صورة أخرى فقال سحنون: وإذا اشترك ثلاثة فأخرج أحدهم الأرض ونصف البذر، والآخر نصف البذر فقط، والثالث العمل على أن الزرع بينهم أثلاثاً لم يجز، فإن نزل فالزرع على مذهب ابن القاسم بين العامل ورب الأرض ويغرمان لمخرج نصف البذر مكيلة بذره، ومذهب سحنون أن الزرع لصاحب الزريعة وعليهما كراء الأرض والعمل. وقال ابن حبيب: قد أخطؤا والزرع بينهم أثلاثاً، والذي ذكره ابن المواز على أصل ابن القاسم أن الزرع لمن ولي العمل إذا أسلمت الأرض إليه يؤدي مثل البذر لمخرجه وكراء الأرض لربها انتهى.

باب الوكالة

قال ابن عرفة: نيابة ذي حق غير ذي إمرة ولا عبادة لغيره فيه غير مشروط بموته. فتخرج نيابة إمام الطاعة أميراً أو قاضياً وصاحب صلاة والوصية انتهى. والظاهر أن قوله «نيابة ذي حق» من إضافة المصدر إلى فاعله وأنه سقط من النسخة المنقول منها بعد قوله «لغيره فيه» إما له أو التصرف كماله كما يظهر هذا بتأمل الكلام الآتي من أوله إلى آخره. قال ابن عرفة إثر ما تقدم: ولا يقال إن النيابة في حق ذي إمرة وكالة لقول اللخمي: تجوز الوكالة في إقامة الحد لأن إقامته مجرد فعل لا إمرة فيه. هذا ظاهر استعمال الفقهاء، وجعل ابن رشد ولاية الأمراء وكالة، ونحوه قول عياض: استعمل لفظ الوكالة في عرف الفقهاء في النيابة خلاف

بالكراء ولا حجة أن تقول إنما سكنت قدر نصيبي. وأجاب ابن لبابة فيمن غاب شريكه فزرع هو الفدان ثم قام عليه شريكه، أن الزرع بينهما إن كان مزارعة وإلا فلهما مقاسمة الفدان إن كان الإبان لم يفت، وللقائم أن يفعل في حصته ما شاء. وإن قام بعد الإبان فليس له إلا الكراء. وانظر آخر مسألة من سماع سحنون. ابن شاس.

كتاب الوكالة

وفيه ثلاثة أبواب: الأول في أركانها وهي ما فيه التوكيل والموكل والوكيل والصيغة. الباب الثاني في حكم الوكالة. الباب الثالث في النزاع. قال ابن يونس: وهذا الكتاب ضيق في المدونة ثم استدرك فيه خلط البضائع أو أثمانها وتسلف منها وإرساله البضاعة مع غيره وإيداعها وطلبه عليها أجراً

صِحَّةُ الْوَكَالَةِ فِي قَابِلِ النِّيَابَةِ مِنْ فَسْخٍ، وَقَبْضِ حَقٍّ وَعُقُوبَةٍ، وَحَوَالَةٍ،

ذلك، ومن تأمل وأنصف علم صحة ما قلناه لأنه المتبادر للذهن عرفاً، ويحتمل أن يقال: النيابة مساوية للوكالة في المعرفة فتعريفها بها دور فيقال: هي جعل ذي أمر غير إمرة التصرف فيه لغير الموجب لحوق حكمه لجاعله كأنه فعله، فتخرج نيابة إمام الطاعة أميراً أو قاضياً أو إمام صلاة لعدم لحوق فعل النائب في الصلاة الجاعل والوصية للحوق حكم فاعلها غير الجاعل انتهى. ثم قال: وحكمها لذاتها الجواز. روى أبو داود عن جابر بن عبد الله قال: أردت الخروج إلى خيبر فأتيت رسول الله ﷺ فسلمت عليه وقلت: أردت الخروج إلى خيبر. فقال: إذا أتيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقاً، فإن ابتغى منك آية فضع يدل على ترقوته. وصححه عبد الحق بسكوته عليه وتعقبه ابن القطان أنه من رواية ابن إسحاق. وقال عبد الحق فيه في كتاب الصلاة: رماه مالك بالكذب، وقال: نحن نفيناه من المدينة. ويعرض لها سائر الأحكام بحسب متعلقها كقضاء دين تعين لا يوصل إليه إلا بها والصدقة والبيع المكروه والحرام ونحو ذلك انتهى. ص: **(في قابل النيابة)** ش: قال ابن عرفة: قال المازري: لا تجوز النيابة في أعمال الأبدان المحضة كالصلاة والطهارة والحج إلا أنه تنفذ الوصية به. وينقض قوله «في أعمال الأبدان المحضة» بقولها مع غيرها في العاجز عن الرمي لمرضه في الحج يرمى عنه انتهى. ص: **(وحوالة)** ش: يعني أنه يجوز أن يوكل من يحيل غريمه على مدينه ابن عرفة: قال ابن شاس: وتجوز في الكفالة كالحوالة والبيع ابن عبد السلام: ولا يجوز أن يوكل من يتحمل عنه في حق وجب عليه. قلت: فيه نظر لأن الوكالة إنما تطلق حقيقة عرفية فيما يصح للموكل مباشرته وكفالة الإنسان عن نفسه ممتنعة فتأمله. وقال ابن هارون: هو أن يوكله على أن يتكفل لفلان بما على فلان، وهذا أقرب من الأول لأن الموكل هنا يصح منه الفعل، وينبغي أن يزاد فيه: كأن التزم لرب الدين الذي على فلان أن يأتيه بكفيل به عنه بحيث يكون الإتيان بالكفيل حقاً على

(صحت الوكالة في قابل النيابة) ابن شاس: الوكالة نيابة عن الموكل فهي لا تكون إلا فيما تصح فيه النيابة مما يلزم الرجل القيام به لغيره أو يحتاج إليه الرجل لمنفعة نفسه. فأما الوكالة فيما يلزم الرجل القيام به لغيره فكتوكيل الأوصياء والوكلاء المفوض إليهم من ينوب عنهم، وكاستخلاف الإمام على ما يلزم به القيام من أمور المسلمين. وأما الوكالة فيما يحتاج إليه الرجل لمنفعة نفسه فذلك كتوكيله على البيع والشراء والنكاح والحدود والخصام وما أشبه ذلك من كل مباح أو مندوب إليه أو واجب تعبد الإنسان به في غير عينه، لأن ما تعبد به في عينه كالوضوء والصلاة والصيام لا يصح أن ينوب عنه في ذلك غيره. قيل: إلا في صب الماء في الطهارة مطلقاً، وفي الدلك للمرض والعجز. وانظر أيضاً قد قالوا: إن المحجور قد يوكل في ضرر البدن وفي إظهار حقوقه عند من كانت، وكذا المحجورة توكل من يقوم لها بالضرر والمغيب ولا يقوم عنها أبوها حتى توكله **(من عقد وفسخ وقبض حق وعقوبة وحوالة)** ابن الحاجب: الوكالة نيابة فيما لا تتعين فيه المباشرة، فتجوز في الكفالة والوكالة

وَإِبْرَاءٍ .وَإِنْ جَهِلَهُ الثَّلَاثَةُ. وَحَجٍّ، وَوَاحِدٍ فِي خُصُومَةٍ،

الموكل المذكور انتهى. ص: **(وإبراء وإن جهله الثلاث)** ش: قال ابن عرفة: وتبع ابن الحاجب ابن شاس في قوله: والتوكيل بالإبراء لا يستدعي علم الموكل بمبلغ الدين المبرإ منه ولا علم الوكيل ولا علم من عليه الحق. قلت: وهذا كضروري من المذهب لأنه محض ترك والترك لا مانعية للغرر فيه، ولذا قال الغير في إرخاء الستور: لأنه يرسل من يده بالغرر ولا يأخذ به انتهى. وانظر أواخر رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب بالوصايا. ص: **(أو واحد في خصومة)** ش: قال ابن فرحون في تبصرته في الفصل السادس في حكم الوكالة على الدعوى: وليس لرجل ولا لامرأة أن يوكل في الخصام أكثر من وكيل واحد، ولا يجوز توكيل وكيلين، ويلزم الموكل ما أقر به عليه وكيله كان له أو عليه إذا كان في نص الإقرار والإنكار انتهى. وقال في المتيطية: ولا يجوز لرجل ولا لامرأة أن يوكل في الخصام أكثر من وكيل واحد، ولا يجوز توكيل وكيلين.

تنبيهات: الأول: هنا مسألة واقعة عمت بها البلوى وهي أن الخصمين إذا فرغا من الخصومة واتفقا على أمر وأرادا أن يثبتاه عند الحاكم، فمن الناس من يمتنع من الرواح إلى مجلس الحاكم تكبراً، ومنهم من يمتنع لعذر، فيشهد كل واحد من الخصمين أنه وكل كل أحد من المسلمين في الدعوى والإعذار والثبوت وطلب الحكم، فيأتي الشهود على الوكالة إلى رجل من الناس ويشهدون عند الحاكم أنه وكيل فلان، وشخص آخر أنه وكيل فلان الآخر، ويكملون أمرهم، فهل هذا التوكيل صحيح أم لا؟ فاعلم أنه لا يخلو إما أن يريد الموكل بقوله «وكلت كل أحد من المسلمين في إثبات كذا إلى آخره» أنه يوكل كل واحد من المسلمين لا بعينه وهذا هو المتبادر، فلا مرية في عدم صحة هذا الوجه للجهل بعين الوكيل. قال ابن فرحون في الفصل الخامس من القسم الثالث من الركن السادس من الباب الخامس من القسم الأول من أقسام الكتاب في التنبيه على أحكام يتوقف سماع الدعوى بها على إثبات فصول مسألة من الوكالة: لا يسمع القاضي من أحد دعوى الوكالة حتى يثبت عنده ذلك بشاهدين

والحوالة والجعالة والنكاح والطلاق والخلع والصلح. ابن شاس: وأنواع البيع والشركة والمساقاة وسائر العقود والفسوخ، ويجوز أيضاً التوكيل بقبض الحقوق واستيفاء الحدود والعقوبات. **(وإبراء وإن جهله الثلاثة)** ابن شاس: التوكيل بالإبراء لا يستدعي علم الموكل بمبلغ الدين المبرإ منه ولا علم الوكيل، ولا علم من عليه الحق. ابن عرفة: هذا كضروري من المذهب لأنه محض ترك والترك لا مانعية للغرر فيه كقول المدونة: إن كان لك عليه دراهم نسيت مبلغها جاز أن تصطلحا على ما شئتما **(وحج)** اللخمي: لا تجوز الوكالة في أعمال الأبدان المحضة كالصلاة وكذلك العاجز عن الحج لمرضه إلا أنه تنفذ الوصية به. ابن عرفة: ينقض قوله «في أعمال الأبدان المحضة» بقولها مع غيرها في العاجز عن الرمي لمرضه في الحج يرمى عنه. وانظر أيضاً مثل ذلك الدلك للعاجز **(أو واحد في خصومة)** المتيطي:

أو بشاهد ويمين على قول مالك وابن القاسم، ولا بد أن يشهد الشهود على معرفة عين الموكل ويثبت عنده أيضاً عين الوكيل، إما بالشاهدين الأولين أو بغيرهما وإذا حضر الوكيل والخصم وتقاررا على صحة الوكالة فلا يحكم بينهما بمجرد قولهما لأنه حق لغيرهما يتهمان على التواطؤ، ولو صدق الخصم الوكيل في الدعوى واعترف بالمدعى به لم يجبره الحاكم على دفعه على المشهور حتى يثبت عنده صحة الوكالة انتهى. وإن أراد بقوله «كل أحد من المسلمين» أن جميع المسلمين وكلاء عنه في ذلك فيمكن هنا الشهادة على عين كل أحد من المسلمين أنه وكيله، لكن الذي يظهر أنه يمنع من جهة أخرى وهو أن توكيل أكثر من واحد على الخصام لا يجوز، ولا شك أن هذه وكالة في دعوى وإنكار وإثبات. وبحث سيدي الشيخ العلامة أحمد بن عبد الغفار في كون ذلك وكالة في خصومة فتأمله. وقال في آخر كتاب الوكالة من النوادر: ومن كتاب ابن المواز قال مالك: ومن شرط في ذكر حقه ومن قام به فله أن يقضيه فلا يجوز هذا ولا يقضي له إلا بوكالة انتهى. وما قاله ابن فرحون من عدم جبره الحاكم على الدفع فيما إذا صدر والخصم الوكيل على الدعوى فاعترف بالمدعى عليه، موافق لما في المعونة وتبصرة اللخمي، ومخالف لما جزم به في الفصل السادس من تبصرته ونصه: مسألة في المطلوب يوافق على صحة الوكالة قبل ثبوتها: وإذا قام رجل على رجل في مهر امرأته أو دين رجل وادّعى وكالة صاحب ذلك الحق فأقر المطلوب بالدين أو المهر واعترف بصحة الوكالة فإنه يلزمه دفع ذلك إليه، فإن كان صاحب الحق على المطلوب يطلبه بذلك قضى له به لأنه إنما يقضى عليه أولاً بإقراره والمصيبة منه انتهى. وله في الباب السبعين في القضاء بالإمارات وقرائن الأحوال ما يوافق ماله في الفصل السادس وعزاه للمتيطية ونصه: وفي المتيطية حكي عن ابن حبيب عن سحنون فيمن قال لرجل ما قاله لرجل وكلني فلان على قضاء دينه منك وعدده كذا فصدقه في الوكالة وأقر بالدين أنه يلزم الدفع إليه، فإن قدم فلان وأنكر التوكيل غرم المقر لأن الحكم كان بإقراره انتهى. وفيه ما يؤخذ منه ما يخالف هذا ويوافق ما تقدم عن الفصل الخامس فتأمله والله أعلم انتهى.

الثاني: قال ابن عرفة: سمع عيسى ابن القاسم: إن ادعى شريكان على رجل حقاً فقالا للقاضي من حضر منا خاصمه، فليس لهما ذلك لقول مالك: من قاعد خصمه عند القاضي فليس له أن يوكل إلا من علة. وقال في ورثة ادعوا منزلاً في يد رجل لا يخاصمه كل واحد عن نفسه بل يقدمون رجلاً يخاصمه. ابن رشد: وهذا كما لا يجوز للرجل يوكل وكيلين يخاصمان عنه إن غاب أحدهما خاصم له الآخر، وكذا لم يجز لمن قاعد خصمه أن يوكل غيره إلا لعذر من مرض أو سفر أو إساءة خصمه له فحلف لا خاصمه أو يظهر من وكيله ميل لخصمه ولا خلاف في هذا انتهى هذا السماع في كتاب البضائع والوكالات والله أعلم.

....

الثالث: قال ابن سلمون: إذا شهد شاهدان بمعرفة الوكالة ولم يبينا في شهادتهما أن الموكل أشهدهما بها فشهادتهما ساقطة ولا يعمل بها انتهى.

الرابع: قال ابن فرحون في الفصل السادس في حكم الوكالة في الدعوى مسألة: وإذا وكله على الخصام في قضية فخاصم عنه وانقضت تلك القضية وأراد الوكيل أن يخاصم عنه في غيرها، فإن كان بقرب الخصام الأول كان له ذلك إذا كانت الوكالة مبهمة لم يذكر فيها أنه وكله على مخاصمة فلان أو في أمر كذا وكذا إن اتصل بعض ذلك ببعض أو كان بينهما أيام، وإن تطاول ذلك بسنين والموكل غائب لم يحتج إلى تجديد التوكيل إذا لم يقصره على مطلب سماه كما قدمنا. فأما إذا قصره على مطلب معين وكان بين المطلبين الأشهر فليس له أن يخاصم عنه إلا فيما وكله فيه، ويستحسن في مثل هذا أن يجدد له التوكيل ثم يتكلم عنه انتهى.

الخامس: قال ابن فرحون قبل كلامه المذكور مسألة: قال ابن سهل: وسئل سحنون عمن وكل رجلاً على مخاصمة رجل فلم يقم الوكيل بذلك إلا بعد سنين وقد أنشبت الخصومة قبل ذلك ثم أتى بالبينة، أو لم ينشب الخصومة ولم يتعرض في شيء حتى مرت السنتان، ثم قام بعدهما يطلب بتلك الوكالة القديمة، أله ذلك أم يجدد الوكالة؟ قال سحنون: يبعث الحاكم إلى الموكل ليسأله أهو على وكالته أو خلعه عنها، وإن كان غائباً فالوكيل على وكالته. قال ابن سهل: رأيت بعض شيوخنا يستكثر إمساكه الوكالة ستة أشهر أو نحوها، ويرى تجديد الوكالة إن أراد الخصومة. قال ابن المناصف: أما إذا خاصم واتصل خصامه وطال سنين فهو على وكالته الأولى. انتهى كلامه. وقال ابن عرفة في الانعزال بطول مدة التوكيل ستة أشهر وبقائه. قول ابن سهل «رأيت بعض شيوخنا يستكثر إمساك الوكيل على الخصومة ستة أشهر ونحوها ويرى تجديد التوكيل» مع قول المتيطي في الوكالة على الإنكاح إن سقط من رسمه لفظ دائمة مستمرة وطال أمر التوكيل بستة أشهر سقطت إلا بتوكيل ثانٍ، ونقل ابن سهل عن سحنون: من قام بتوكيل على خصومة بعد سنين وقد أنشب الخصومة قبل ذلك أو لم ينشبها بعد مضي سنين سأل الحاكم موكله على بقاء توكيله أو عزله، فإن كان غائباً فهو على وكالته. ابن فتوح: إن خاصم واتصل خصامه سنين لم يحتج لتجديد توكيل انتهى. ونص كلام ابن سهل: قال سحنون في الوكيل تم له سنتان لم ينشب خصومة ثم يقوم بها، فإن كان الموكل حاضراً سئل أهو على وكالته أم لا، وإن كان غائباً فهو على وكالته قال القاضي: يعني نفسه. ورأيت بعض شيوخنا يستكثر إمساكه عن الخصومة ستة أشهر أو نحوها، ويرى تجديد الوكالة إن أراد الخصومة انتهى. ولعل بعض شيوخه هو الغرناطي، فإن البرزلي نقل ذلك عنه ولم ينقل كلام سحنون ولا غيره ونصه: قال يعني الغرناطي: وإذا مضى لتاريخ الخصام ستة أشهر لم يكن للوكيل متكلم إلا أن يكون اتصل خصامه معه ولو طالت سنيه. قلت: أو في

وَإِنْ كَرِهَ خَصْمُهُ،

قضية معينة فلا تنقضي إلا بتمامها. قاله بعض الموثقين انتهى. ص: **(وإن كره خصمه) ش:** قال في الجواهر: ويجوز التوكيل بالخصومة في الإقرار والإنكار برضا الخصم وبغير رضاه في حضور المستحق وفي غيبته انتهى.

فرع: قال في الجواهر أيضاً: وكما لا يفتقر إلى حضور الخصم في عقد الوكالة لا يفتقر إلى حضوره في إثباتها عند الحاكم انتهى. بل قال في الذخيرة: ولو قال وكلتك لمخاصمة خصم جاز وإن لم يعينه، لأن المخاصمة لا تعلم غايتها فاعتبر جنسها خاصة انتهى. وقال ابن فرحون في تبصرته مسألة: وليس في التوكيل إعذار ولا آجال. وفي أحكام ابن زياد فيمن طلب أن يعذر إليه في توكيل خصمه قال: لم ير أحداً من القضاة ومن غيرهم من السلاطين ضرب لأحدهم أجلاً في توكيل، وإنما السيرة عند القضاة أن يثبت التوكيل عندهم ثم يسمع من الطالب وينظر فيما جاء به، فأما إذا ادعا إلى أن يؤجل في المدفع أجله ثلاثة أيام ونحوها انتهى. ونقله ابن عرفة. ونصه في أحكام ابن زياد فيمن طلب أن يعذر إليه في توكيل خصمه السيرة أن يثبت الوكالة ثم ينظر في المطلب انتهى.

فرع: قال ابن فرحون إثر كلام ابن زياد المتقدم: وقال ابن الهندي في وثائقه: والإعذار إلى الموكل من تمام الوكالة وإن لم يعذر إليه جاز. قال ابن عتاب: كان الإعذار بالشأن القديم ثم ترك. قال ابن بشير القاضي: وإنما ترك الإعذار من تركه في الوكالة لأنه لا بد أن يعذر إليه عند إرادة الحكم له أو عليه في آخر الأمر فاستغنى عنه أولاً. قال ابن سهل: وهذه نكتة حسنة انتهى، وإنما أوجبوا الإعذار إليه لأنه مشهود عليه بالتوكيل، وإذا ثبتت الوكالة ثبت للوكيل التصرف في مال الموكل وغير ذلك من وجوه التصرف انتهى. ونقله ابن عرفة أيضاً قبل الكلام الأول ونصه المتيطي عن ابن الهندي: والإعذار إلى الموكل من تمام التوكيل وإن لم يعذر إليه جاز. ابن عتاب: كان الشأن في القديم الإعذار ثم ترك قال: ويعذر أيضاً في الموت والوراثة. ابن مالك: ولا بد من الإعذار للموكل لأن الوكيل يقر على موكله ويلزمه ابن بشير: إنما ترك الإعذار في الموت والوكالة لأنه لا بد أن يعذر إليه في آخر الأمر. قال أبو الأصبغ: هذه نكتة حسنة إذ لا بد للقاضي أن يقول للخصمين أبقيت لكما حجة انتهى.

تنبيه: قال ابن بطال في كتاب المقنع: ويوكل على الخصام عند القاضي إن شاء وحيثما وكل فهو جائز إذا ثبت ذلك عند الحاكم. وقال حسين بن عاصم عن ابن القاسم في الشهود على الوكالة لا يكونون إلا عدولاً ويحتاط فيهم بما يحتاط في الشهود على غير الوكالة، وما

لا يجوز لرجل ولا لامرأة أن يوكلا في الخصام أكثر من وكيل واحد ولا يجوز توكيل وكيلين. **(وإن كره خصمه)** المتيطي: إذا أراد الرجل التوكيل جاز له طالباً كان أو مطلوباً. هذا هو القول المشهور

سمعت أحد أرخص في ذلك انتهى. وأما وكالة الفاسق فتصح كما يؤخذ ذلك من قول صاحب الذخيرة يحصل الإبراء بالدفع للوكيل الفاسق وسيأتي كلامه عند قول المصنف «ولو قال غير المفوض قبضت».

فرع: قال ابن فرحون في تبصرته: قال ابن زرب: إذا وقع التوكيل عند حاكم وصرح الموكل في التوكيل باسم الحاكم لم يكن له التكلم عند حاكم غيره، وإن كان التوكيل مجملاً فله أن يخاصمه حيث شاء انتهى.

فرع: قال ابن فرحون في تبصرته: ومن عزل وكيله فأراد الوكيل أن يتوكل لخصمه فأبى الأول ولما اطلع عليه من عوراته ووجوه خصوماته، فلا يقبل منه قوله ويتوكل له من كتاب الاستغناء انتهى. زاد في شرحه على ابن الحاجب: وينبغي أن لا يمكن من الوكالة لأنه صار كعدوه ولا يوكل عدو على عدوه انتهى.

فرع: قال ابن فرحون في تبصرته: ولا تجوز الوكالة على المتهم يدعي الباطل ولا المجادلة عنه. قال ابن العربي في أحكام القرآن في قوله تعالى: ﴿ولا تكن للخائنين خصيما﴾ [النساء: ١٠٥] إن النيابة عن المبطل المتهم في الخصومة لا تجوز بدليل قوله تعالى لرسول الله ﷺ: ﴿واستغفر الله إن الله كان غفوراً رحيماً﴾ [النساء: ١٠٦] انتهى. وفي المتيطية: وينبغي للوكيل على الخصومة أن يتحفظ بدينه وأن لا يتوكل إلا في مطلب يقبل فيه يقينه أن موكله فيه على حق، فقد جاء في جامع السنن عن عبد الله بن عمر أنه قال: «من حالت شفاعته دون حد من حدود الله فقد ضاد الله في أمره، ومن توكل في خصومة لا علم له بها لم يزل في معصية الله حتى ينزع»[1] عن علي رضي الله عنه أنه وكل عبد الله بن جعفر على الخصومة وقال: إن للخصومة قحماً يعني اقتحام المهالك في الاحتجاج بما لا يصلح عند شدة الخصام انتهى.

فرع: قال في المتيطية: وكره مالك لذي الهيئات الخصومات. قال مالك: كان القاسم بن محمد يكره لنفسه الخصومة ويتنزه عنها، وكان إذا نازعه أحد في شيء قال له: إن كان هذا الشيء لي فهو لك، وإن كان لك فلا تحمدني عليه. قال: وكان سعيد بن المسيب إذا كان بينه وبين رجل شيء لم يخاصمه وكان يقول: الموعد يوم القيامة. قال مالك: من علم أن يوم القيامة يحاسب فيه على الصغير والكبير ويعلم أن الناس يوفون حقوقهم وأن الله عز وجل لا يخفى عليه شيء فليطب بذلك نفساً، فإن الأمر أسرع من ذلك وما بينك وبين الدنيا وما فيها إلا خروج روحك حتى تنسى ذلك كله حتى كأنك ما كنت فيه ولا عرفته. قال ابن شعبان: وقال مالك: المخاصم رجل سوء. وقال ابن مسعود: كفى بك ظالماً أن لا تزال

---

(١) رواه أبو داود في كتاب الأقضية باب ١٤. أحمد في مسنده (٧٠/٢).

لاَ إِنْ قَاعَدَ خَصْمَهُ: كَثَلاَثٍ، إِلاَّ لِعُذْرٍ وَحَلَفَ فِي: كَسَفَرٍ،

مخاصماً. وقاله أبو الدرداء. وقالت عائشة رضي الله عنها قال النبي ﷺ «أبغض الرجال إلى الله الألد الخصم»[1] انتهى.

فرع: قال ابن فرحون في تبصرته: قال في وثائق ابن العطار: ولا يصلح للرجل أن يوكل أباه ليطلب له حقه لأن ذلك استهانة بالأب. **ص: (لا إن قاعد خصمه كثلاث إلا لعذر وحلف في كسفر) ش:** قال في المتيطية: وإذا خاصم الرجل عن نفسه وقاعد خصمه أيضاً ثلاث مجالس وانعقدت المقالات بينهما. لم يكن له بعد ذلك أن يوكل خصماً يتوكل عنه إذا منعه من ذلك إلا أن يمرض أو يسافر سفراً ويعرف ذلك، ولا يمنع الخصمان من السفر ولا من أراده منهما ويكون له أن يوكل عند ذلك. قال ابن العطار: وتلزمه حينئذ اليمين أنه ما استعمل السفر ليوكل غيره، فإن نكل عن اليمين لم يبح له توكيل غيره إلا أن يشاء خصمه ذلك. وقال ابن الفخار: لا يمين عليه ويكون له أيضاً أن يوكل إذا شاتمه خصمه وأحرجه فحلف أن لا يخاصمه بنفسه. قال ابن الفخار: فإن حلف أن لا يخاصمه دون عذر يوجب اليمين لم يكن له أن يوكل. انتهى كلامه بلفظه وهو حاو لما قاله المصنف: وقال ابن عرفة في مسألة التوكيل للسفر بعد أن ذكر القولين قلت: الأظهر أنها كأيمان التهم. وقال في المسألة الثانية: قلت في عطف «شاتمه» على «أحرجه» بالواو أو بـ«أو» اختلاف نسخ انتهى. وقول المصنف «كثلاث» يعني فأكثر وانظر قوله «في كسفر» ما مثل السفر.

فرع: قال ابن فرحون في تبصرته: من وكل ابتداء ضرر الخصمة لم يمكن من ذلك انتهى.

فرع: قال فيها أيضاً، قال محمد بن لبابة: كل من ظهر منه عند القاضي لدد وتشغيب في خصومة فلا ينبغي له أن يقبله في وكالة ولا يحل إدخال اللدد على المسلمين. قال ابن سهل: والذي ذهب إليه الناس في القديم والحديث قبول الوكلاء إلا من ظهر منه تشغيب ولدد، فذلك يجب على القاضي إبعاده وأن لا يقبل له وكالة على أحد انتهى.

الذي جرى به العمل **(لا إن قاعد خصمه كثلاث إلا لعذر وحلف في كسفر)** المتيطي: إن خاصم الرجل عن نفسه وقاعد خصمه ثلاث مجالس وانعقدت المقالات بينهما لم يكن له بعد ذلك أو يوكل خصماً يتكلم عنه إذا منعه صاحبه من ذلك إلا أن يمرض أو يريد سفراً. قال ابن العطار: ويلزمه في السفر اليمين أنه ما استعمل السفر ليوكل غيره، فإن نكل عن اليمين لم يتجه له توكيل غيره إلا أن

---

(١) رواه البخاري في كتاب تفسير سورة البقرة باب ٣٧. كتاب الأحكام باب ٣٤، مسلم في كتاب العلم حديث ٥. الترمذي في كتاب تفسير سورة البقرة باب ٢٣. النسائي في كتاب القضاة باب ٣٤، أحمد في مسنده (٥٥/٦، ٦٣).

....

فرع: قال ابن عرفة: والوكالة على الخصام لمرض الموكل أو سفره أو كونه امرأة لا يخرج مثلها جائزة اتفاقاً. المتيطي: وكذا العذر يشغل الأمير أو خطة لا يستطيع مفارقتها كالحجابة وغيرها، وفي جوازها لغير ذلك ثالثها للطالب لا للمطلوب للمعروف مع قول المتيطي هو الذي عليه العمل، ونقله عن سحنون في رسالته إلى محمد بن زياد قاضي قرطبة وفعله، وعلى المعروف في جوازها مطلقاً أو بعد أن ينعقد بينهما ما يكون من دعوى إقرار نقلا ابن سهل قائلاً: وذكر ابن العطار أن له أن يوكل قبل المجاوبة وإن كان الموكل حاضراً، والصحيح عندي أن لا يمكن من ذلك لأن اللدد فيه ظاهر، ومراده أن يحدث عنه ما فيه تشغيب انتهى. ونص كلام ابن سهل ومن المحاضر لابن حارث: وإن أراد الخصمان أو أحدهما في أول مجلس جلسا فيه التوكيل ففيه اختلاف؛ من الفقهاء من يرى ذلك لهما أو لأحدهما ومثله لابن العطار، ومنهم من لا يرى ذلك إلا بعد أن ينعقد بين المدعي والمدعى عليه ما يكون من كل واحد منهما من الإقرار والإنكار، ثم يوكل بعد من شاء منهما وهو الصحيح انتهى. وقال ابن فرحون في تبصرته: مسألة: وإذا ادعى الرجل على خصمه عند الحاكم، فهل للمدعى عليه أن يوكل قبل أن يجيب عن تلك الدعوى بإقرار أو إنكار؟ فقيل: إنه لا يمكن من التوكيل حتى يجيب، فإن لم يجب حمله الحاكم على الجواب بالأدب. قال ابن الهندي: وقول من قال إن له أن يوكل قبل أن يجيب أصح، لأنه قد أجيز للحاضر أن يوكل. قال ابن سهل: والصحيح عندي أن لا يمكن من ذلك لأن اللدد فيه ظاهر. وقال ابن العطار: له أن يوكل قبل المجاوبة: إذا كان الوكيل بالحضرة فيجاوب عنه، فإن لم يوكل فإنه يقال له بعد الأدب قل الآن ما كنت تأمر به وكيلك أن يقر له عنك، فإن أبى علم أنه ملد انتهى. وكلام المتيطية أتم ونصه: وإذا سأل الخصمان أو أحدهما القاضي في أول مجلس تقدما إليه أن يوكل كل واحد منهما من يتكلم عنه في الدعوى والإقرار والإنكار فقال ابن الحارث: في محاضرة ذلك اختلاف من رأي الفقهاء وعمل القضاة فمنهم من يرى ذلك لهما أو لأحدهما، ومنهم من لا يراه إلا بعد أن ينعقد بين الخصمين ما يكون من كل واحد منهما من الدعوى والإقرار والإنكار ثم يوكل من شاء منهما. قال ابن الهندي: والذي جرى عليه العمل أن يقرأ وينكر في مجلسه إذا كان ما وقف عليه قريب المعنى يتبادر فهمه في وقته ثم يوكل، فإن أبى أن يتكلم حمل عليه القاضي الأدب حتى يتكلم. قال: وقول من قال إن له أن يوكل قبل الإقرار والإنكار أصح إنه قد أجيز للحاضر التوكيل فإذا أجيز للحاضر التوكيل فخصمه مكانه. قال القاضي أبو الأصبغ: والصحيح عندي أن لا يمكن من ذلك لأن اللدد فيه ظاهر، والمراد منه أن يحدث كلاماً يكون فيه تشغيب على صاحبه. ثم ذكر كلام ابن العطار الذي ذكره ابن فرحون في آخر كلامه ثم قال: والظاهر أن مرادهم بهذا إذا لم يوكلا في أول الأمر حتى حضرا عند القاضي، أما لو وكلا أولاً فلا كلام في ذلك، والظاهر أيضاً أن مرادهم ما لم يجلسا ثلاثة مجالس عند

وَلَيْسَ لَهُ حِينَئِذٍ: عَزْلُهُ، وَلاَ لَهُ عَزْلُ نَفْسِهِ،

الحاكم انتهى. ص: **(وليس له حينئذ عزله)** ش: يعني ليس للموكل عزل وكيله بعد مناشبته للخصام ومقاعدة خصمه ثلاثاً. ومفهوم ذلك أن له عزل قبل ذلك وهو كذلك إذا أعلن بعزله وأشهد عليه ولم يكن منه تفريط في تأخير إعلام الوكيل بذلك، وأما إن عزله سراً فلا يجوز عزله ويلزمه ما فعله الوكيل وما أقربه عليه إن كان جعل له الإقرار. قاله ابن رشد وابن الحاج في نوازلهما. ونص كلام ابن رشد على ما نقله ابن فرحون في الفصل السادس في أحكام الوكالة: سئل ابن رشد عن الوكيل إذا قيدت عليه مقالة بإقراره على وكيله الذي وكله، فلما طلب ذلك الإقرار استظهر موكله بعزلة عزله إياها قبل الإقرار المذكور دون أن يعلم الوكيل شيئاً من ذلك، هل يسقط الإقرار المذكور أم لا؟ فأجاب: ما يقيد على الوكيل لازم لموكله إلا أن يكون عزله قبل مناشبة الخصام عزلاً أعلن به وأشهد عليه ولم يكن منه تفريط في تأخير إعلامه، وأما بعد مناشبة الخصام أو قبله سراً فلا يجوز عزله انتهى. فظاهره ولو أشهد في السر بعزله وهو كذلك، بل الظاهر أن فرض المسألة إنما هو مع إشهاده سراً، وأما لو لم يشهد وإنما كان قوله فقط فلا يلتفت إليه وهو كذلك. وبقية الجواب في نوازله ما نصه: إذ لا يجوز لمن وكل وكيلاً على الخصام أن يعزله بعد أن ناشب خصمه في الخصام وقاعده فيه ولا قبل ذلك سراً إذ لو جاز ذلك لم يشأ أحد أن يوكل وكيلاً عن المخاصمة عنه ويشهد في السر على عزله إلا فعل ذلك، فإن قضى له سكت وإن قضى عليه قال قد كنت عزلته.

قال القاضي أبو الوليد: هذا الذي أقول به ولا يصح سواه على أصولهم فلا يلتفت إلى ما يؤثر في ذلك من خلاف انتهى. وقال قبله: لا يلزم اليتيم إقرار وكيل وصيه عليه إلا بما يلزمه فيه إقرار الوصي مما لا يجوز له فعله ابتداء، فإن وكله على الإقرار عليه فيما سوى ذلك لم يلزمه، وما يقيد على وكيل الخصام من المقالات لازم لمن وكله ما لم يعزله عند الحاكم الذي وكله عنده على الخصام انتهى. ونص كلام ابن الحاج: إذا وكل رجل رجلاً في مجلس القاضي على أن يبيع عليه ويفاصل في بلد آخر فذهب الوكيل بالتوكيل إلى ذلك البلد ففاصل وباع، ثم إن الموكل استظهر بأنه عزله بعد أن وكله فلا يلتفت إلى هذه العزلة وينفذ عليه ما عمله الوكيل إلا أن يعلن بعزلته أو يعزله في مجلس القاضي فلا يمضي عليه فعله، لأن عزله في السر من الخدعة والقصد إلى الغش فلا يلتفت إليه ولا يعلم به. انتهى من ابن سلمون. وهذا كله إنما هو على أحد المشهورين أنه ينعزل قبل علمه بعزله، وأما على القول الثاني أنه لا ينعزل قبل علمه وإنما ينعزل بعد علمه بالعزل فلا

يشاء خصمه ذلك. **(وليس له حينئذ عزله)** ابن رشد: للموكل أن يعزل وكيله عن الوكالة متى شاء إلا أن تكون الوكالة في الخصام فليس له أن يعزله عن الوكالة ويوكل غيره، ولا يخاصم عن نفسه إذا كان قد قاعد خصمه المرتين والثلاث إلا من عذر، هذا هو المشهور في المذهب **(ولا له عزل نفسه)** ابن رشد: وفي المكان الذي لا يكون للموكل أن يعزل وكيله عن الخصام لا

إشكال في عدم انعزاله بعزله سراً، ويبين هذا قول المصنف في التوضيح قول ابن الحاجب ومهما شرع في الخصومة فلا ينعزل ولو بحضورهما. قال: لما ذكر العزل وأفهم كلامه أن للموكل العزل بين هنا أنه مشروط بأن لا يتعلق بالوكالة حق للغير انتهى، ونحوه في الذخيرة أو أصرح منه. وفي كتاب الرهون من الذخيرة عن الجلاب: إذا وكلت وكيلاً في بيع رهن ليس لك عزل الوكيل إلا برضا المرتهن، لأن القاعدة أن الوكالة عقد جائز من الجانبين ما لم يتعلق بها حق للغير. وفي المبسوط: لك العزل كسائر الوكالات انتهى. وقال في المنتقى: فإذا أراد الراهن فسخ وكالة الوكيل في بيع الرهن، فحكى الشيخ أبو القاسم والقاضي أبو محمد عن المذهب ليس له عزله إلا بإذن المرتهن. وقال القاضي أبو إسحاق: له ذلك اهـ ثم قال في التوضيح.

فرع: واختلف إذا وكله على بيع سلعة أو اشترائها أو سمى له شخصاً معيناً هل له أن يعزله كما لو أطلق أو لا؟ على قولين المازري: وعدها الأشياخ من المشكلات والأصح عندي في ذلك إن عين له المشتري وسمى له الثمن وقال له شاورني إن له عزله، وإن لم يسم له الثمن ولا قال له شاورني فهذا موضع الإشكال والاضطراب. واختلف إذا وكله أن يملك زوجته أمرها. فهل له أن يعزله؟ فرأى اللخمي وعبد الحميد وغيرهما أنه ليس له ذلك قالوا: بخلاف أن يوكله على أن يطلق زوجته فإن فيه قولين، ورأى غيرهم أنه يختلف فيه كالطلاق، واستشكل المازري الطريقة الأولى لأنه لا منفعة للموكل في هذه الوكالة فكان الأولى أن يكون له عزله إلا أن يقال: لما جعل له تمليك زوجته صار كالملتزم لذلك التزاماً لا يصح له الرجوع عنه انتهى. وما ذكره المؤلف من أنه إذا وكله على الخصام ليس له عزله بعد مناشبة الخصام ومقاعدة خصمه ثلاثاً هو أحد الأقوال الخمسة. قال ابن عرفة بعد أن ذكر كلام شيوخ أهل المذهب: وما في ذلك من الخلاف ففي منع العزل بمجرد انتشاب الخصام أو بمقاعدته ثلاثاً، ثالثها بعد مقاعدته مقاعدة يثبت فيها الحكم. ورابعها ما لم يشرف على تمام الحكم، وخامسها على الحكم. لابن رشد مع اللخمي والمتيطي عن المذهب: وله عن أحد قولي أصبغ وثانيهما ومحمد انتهى.

تنبيهات: الأول: ما ذكره من أن ليس له عزله بعد مناشبة الخصام ومقاعدة خصمه ثلاثاً إنما هو إذا لم يظهر منه غش أو تدخيل في الخصومة وميل مع المخاصم له، وإن ظهر منه ذلك فله عزله ولو بعد مناشبته للخصام. قال ابن فرحون في تبصرته: للموكل عزل الوكيل ما لم يناشب الخصومة، فإن كان الوكيل قد ناشب خصمه وجالسه عند الحاكم ثلاث مرات فأكثر لم يكن له عزله إلا أن يظهر منه غش أو تدخيل في خصومته وميل مع المخاصم له فله عزله، وكذلك لو وكله بأمر فظهر غشه كان عيباً وله أن يفسخ الوكالة انتهى، ونحوه في شرحه لابن الحاجب. وقال ابن عرفة: قال المتيطي: وإن ظهر من الوكيل تفريط أو ميل مع الخصم أو مرض فلموكله عزله انتهى.

الثاني: مفهوم كلام المصنف أن الوكالة لو كانت في غير الخصام لكان للموكل عزله وللوكيل عزل نفسه وهو كذلك. قال ابن عرفة: ولابن رشد: للموكل عزله وكيله وللوكيل أن

وَلاَ الإِقْرَارُ، إِنْ لَمْ يُفَوِّضْ لَهُ، أَوْ يَجْعَلْ لَهُ وَلِخَصْمِهِ اضْطِرَارُهُ إِلَيْهِ

يخل عن الوكالة متى شاء أحدهما اتفاقاً إلا في وكالة الخصام فليس لأحدهما بعد ذلك إن انتشب الخصام والمفوض إليه والمخصوص سواء انتهى. وقال ابن فرحون في تبصرته: وإن كانت الوكالة بغير عوض فهي معروف من الوكيل يلزمه إذا قبل وللموكل عزله متى شاء إلا أن تكون الوكالة في الخصام. ويجوز للوكيل في غير الخصام أن يعزل نفسه متى شاء من غير اعتبار رضا موكله إلا أن يتعلق به حق لأحد، ويكون في عزله نفسه إبطال لذلك الحق فلا يكون له ذلك لأنه قد تبرع بمنافعه انتهى. وقال قبله: وإن كانت بعوض فهي إجارة تلزمهما بالعقد، ولا يكون لواحد التخلي وتكون بعوض مسمى وإلى أجل مضروب وفي عمل معروف انتهى. وأصله لابن رشد، وقد صرح المصنف بهذا المفهوم في آخر هذا الباب بقوله «وهل لا تلزم أو إن وقعت بإجارة أو جعل فلهما وإلا لم يلزم تردد». وانظر التوضيح في قول ابن الحاجب: «والوكالة بأجرة لازمة كالإجارة» فإنه أشبع الكلام في ذلك.

الثالث: قال في النوادر في آخر كتاب الصدقات والهبات: ومن كتاب ابن المواز: ومن له على رجل غائب دينار وخمسة دراهم فآجر رجلاً في تقاضيه الخمسة الدراهم وقال له فإذا قبضت ذلك فتصدق بالدينار، فلما قدم كلمه فدفع إليه بلا مؤنة ولا خصومة قال: يتصدق بالدينار ويرسل بالخمسة دراهم إلى ربها انتهى. **ص: (ولا الإقرار إن لم يفوض له أو يجعل) ش:** يعني أنه ليس للوكيل الإقرار على موكله ولو وكله على الخصام إلا أن يكون الوكيل مفوضاً إليه أو يكون قد جعل له موكله أن يقر عنه ونص له على ذلك. قال في التوضيح: المعروف من المذهب أن الوكالة على الخصام لا تستلزم الوكالة على الإقرار إذا لم يجعله إليه ولو أقر لم يلزمه. وقال ابن عرفة: وفي نوازل أصبغ: إن الوكالة على الخصام فقط لا تشمل صلحاً ولا إقراراً ولا يصح من الوكيل أحدهما إلا بنص من موكله عليه، ولم يذكر فيه ابن رشد خلافاً انتهى. ثم قال في التوضيح عن الكافي: وهذا في غير المفوض ونقله ابن عرفة أيضاً عن الكافي. وقال في المدونة في كتاب الشفعة: ولك أن توكل من يأخذ بالشفعة حضرت أو غبت، ولا يلزمك تسليم الوكيل إلا أن تفوض إليه في الأخذ والترك، ولو أقر الوكيل إنك سلمتها فهو كشاهد يحلف معه المبتاع، فإن

يكون له هو أن ينحل عنه إذا قبل الوكالة. **(ولا الإقرار إن لم يفوض له أو يجعل له)** المتيطي: قال أبو عمر: اختلف قول مالك في قبول إقرار الوكيل بالخصومة عند القاضي على موكله، فمرة أجازه، ومرة قال لا يلزم موكله ما أقر به عليه. وجرى العمل عندنا أنه إذا جعل إليه الإقرار عليه لزمه ما أقر به عند القاضي، وهذا في غير المفوض **(ولخصمه اضطراره إليه)** المتيطي: قولنا في النص: «وكله على كذا وكذا وعلى الإقرار عليه والإنكار عنه» هو فيما لا يتم التوكيل على المخاصمة إلا به، فإن لم يذكر فيه الإقرار والإنكار كان لخصمه أن يضطره إلى التوكيل على هذين الفصلين. هذا هو القول المشهور

....

نكل حلفت أنت وأخذت، فإن أقام الوكيل بينة أن فلاناً الغائب وكله على طلب شفعته في هذه الدار مكن من ذلك انتهى. وفي كتاب الشفعة من النوادر: وإذا وكلته على طلب شفعة فسلم الوكيل فإن المفوض إليه بذلك يلزمك، وإن لم يكن مفوضاً لم يلزمك. قال ابن القاسم وأشهب قالا: وإن أقر بتسليمك فهو شاهد يحلف معه المبتاع ويلزمك، فإن نكل حلفت أنت وبرئت. قيل لأشهب: فيطلب لي شفعتي وقد شهد علي بالتسليم؟ قال: لا ينبغي للوكيل أن يطلب لك شفعة يزعم أن طلبها لا يجوز، فإن تمادى فليسمع منه الإمام ويقضي به.

تنبيهان الأول: ذكر المصنف في التوضيح وابن عرفة عن الكافي أنه قال فيه عن ابن خويز منداد: اتفق العلماء فيمن قال ما أقر به فلان علي فهو لازم لي أنه لا يلزمه قال ابن عرفة:وقبله ابن عات وقال قبله: وفي نوازل أصبغ تصح الوكالة على الإقرار نصاً ولم يحك ابن رشد فيه خلافاً ثم قال: وظاهر قول ابن عبد السلام إثر نقله قول أصبغ هذا معروف المذهب. وقال أبو عمر: قال ابن خويز منداد إلى آخر كلام ابن خويز منداد المتقدم أنه خلاف، والأظهر أنه ليس بخلاف لأن مسألة أصبغ نص فيها على توكيله على الإقرار عليه وهو ملزوم لجعله قوله ومسألة ابن خويز منداد إنما صدر منه أن ما أقر به فهو لازم فصار ذلك كقوله ما شهد به علي فلان حق وهذا لا يلزمه حسبما يذكره في موضعه انتهى. وما قاله ظاهر والله أعلم.

الثاني: إنما يلزم الموكل إقرار الوكيل فيما كان من معنى الخصومة التي وكله عليها على الأصح. قال ابن عرفة عن المتيطي: قال فقهاء طليطلة: من وكل على طلب حقوقه والمخاصمة عنه والإقرار والإنكار، فإقرار موكله بأنه وهب داره لزيد أو قال لفلان على موكله مائة دينار أن ذلك لازم لموكله. وأنكره ابن عتاب وغيره وقال: إنما يلزم إقراره فيما كان من معنى المخاصمة التي وكل عليها. قال القاضي أبو الأصبغ بن سهل: وهذا هو الصحيح عندي، واستدل بقول ابن القاسم في كتاب الشفعة: وكل على قبض شفعته فأقر الوكيل أن موكله سلمها فهو شاهد. قال ابن عرفة مضعفاً لاستدلاله بمسألة الشفعة: لا يلزم من لغو إقرار الوكيل على الشفعة لغو إقرار من جعل له الإقرار لعدم صدق الأخذ بالشفعة على إقراره بإسقاطها، وصدق مطلق الإقرار على الإقرار بالهبة انتهى. قلت: لا شك أن ما قاله ابن عتاب هو الظاهر وأن أخذه من مسألة الشفعة ضعيف، لكن يؤخذ مما سيأتي من أن الوكالة تتخصص وتتقيد بالعرف، ولا شك

والمعمول به عند القضاة والحكام. وانظر الوصي لا يلزم إقراره على المحجور لكن يكون شاهداً لمن أقر له، وإن كان من فعله فلا يجوز على المحجور بحال، ولذلك لا يجوز له أن يبرىء عنه المبارءات العامة مطلقاً، وإنما يبرىء عنه في الأشياء المعينات كما لو أبرأه المحجور بقرب رشده لا يبرئه إلا من المعينات، ولا تنفعه المبارءات العامة حتى يطول رشده مثل ستة أشهر فأكثر. قال البرزلي: ومن أجل هذا لا يبرىء القاضي المشرف المبارءات العامة، وإنما يبرئه من المعينات، وقد رأيت لقاض قدم ناظراً على

قَالَ وَإِنْ قَالَ أَقِرَّ عَنِّي بِأَلْفٍ، فَإِقْرَارٌ، لاَ فِي: كَيَمِينٍ، وَمَعْصِيَةٍ: كَظِهَارٍ بِمَا يَدُلُّ عُرْفاً،

أن العرف قاض بأن من وكل على المخاصمة وجعل لوكيله الإقرار والإنكار إنما أراد لإقرار فيما هو من معنى الخصومة التي وكل فيها فتأمله والله أعلم. **ص: (وإن قال أقر عني بألف فإقرار) ش:** هكذا نقل ابن شاس عن المازري، وكلام المازري ليس صريحاً في ذلك ونصه على ما نقل ابن عرفة المازري: لو قال للوكيل أقر عني لفلان بألف درهم ففي كونه إقراراً من الآمر وجهان للشافعية. والظاهر أن ما نطق به الوكيل كالنطق من الموكل لقوله أقر عني، فأضاف قول الوكيل لنفسه وقد قال أصبغ: من وكل رجلاً وجعله في الإقرار عنه كنفسه فما أقر به الوكيل يلزم به موكله. وظاهره أنه يقول كذلك في «أقر عني» وقال ابن عبد السلام: ليس فيما ذكر من قول أصبغ كبير شاهد يرد بأنه محض دعوى من غير دليل في مقابلة مستدل عليه، واستشهاد المازري واضح لأنه لا فرق بين أمر الموكل وكيله بفعل شيء، وبين جعله ذلك الأمر بيده كقوله بع هذا الثوب أو جعلت بيعه بيدك. هذا إن حملنا قول المازري على أن قول الوكيل ذلك كقول الموكل فيكون حاصله لزوم إقرار الوكيل لموكله ما وكله على الإقرار به عنه وهو ظاهر قوله، والظاهر أن ما نطق به الوكيل كالنطق من الموكل لقوله «أقر عني». وإن حملناه على فهمه ابن شاس منه أن قوله «أقر عني بكذا» إقرار منه بذلك صح قول ابن عبد السلام «وليس فيما ذكره كبير شاهد» والله أعلم. **ص: (ومعصية) ش:** قال ابن الحاجب: الوكالة نيابة فيما لا يتعين فيه المباشرة ابن عرفة: وأبطله ابن هارون بالنيابة في المعاصي كالسرقة والغصب وقتل العدوان، وغره في ذلك قول ابن شاس: «ولا تصح في المعاصي كالسرقة وقتل العمد العدوان». ويرد بمنع صدقية النيابة على ذلك لأن الاستقراء والاستعمال يدل على أن شرط النيابة استحقاق جاعلها فعل ما وقعت النيابة فيه انتهى. وانظر هذا مع قوله «إن الوكالة تعرض لها الحرمة ومثله بالبيع الحرام» فتأمله. **ص: (بما يدل عرفاً) ش:** اعلم أن أركان الوكالة أربعة:

حبس وجعله مصدقاً دون بينة لثقته بالقيام به وهذا جهل منه **(قال وإن قال أقر عني بألف فإقرار)** انظر أنت المازري. وقال أبو عمر: اتفق الفقهاء فيمن قال ما أقر به فلان علي فهو لازم أنه لا يلزمه **(لا في كيومين ومعصية كظهار)** ابن شاس: لا تجوز الوكالة في الأيمان والشهادات واللعان والإيلاء ولا في المعاصي كالسرقة، ولا تصح أيضاً بالظهار لأنه منكر من القول وزور. وخرج ابن هارون عليه الطلاق الثلاث اهـ. انظر إذا وقعت الوكالة في شيء من هذا. انظر في الغصب بعد هذا عند قوله: «أو أكره غيره». وانظر في آخر طرر ابن عات وثيقة من يأمر مملوكه بأن يضرب أو يجرح. وقال ابن عرفة: الاستقراء يدل على أن كل ما فيه حق للموكل أو عليه غير خاص به جاز فيه التوكيل. وقولنا: «غير خاص به» احتراز ممن وجبت عليه يمين لغيره فوكل غيره على أدائها فإنه حق عليه، ولا يجوز فيه التوكيل لأن حلف غيره غير حلفه فهو غير الحق الواجب عليه **(بما يدل عرفاً)** قال ابن الحاجب: المعتبر الصيغة أو ما يقوم مقامها. ابن عبد السلام: ما يقوم مقامها كالإشارة في حق الآخرين. وفي

لاَ بِمُجَرَّدِ وَكَّلْتُكَ،

الموكل والوكيل وقد تقدم الكلام على شروطهما في باب الشركة عند قول المؤلف «وإنما تصح من أهل التوكيل والتوكل». والثالث ما فيه التوكيل وقد أشار إليه المؤلف بقوله «في قابل النيابة». والرابع الصيغة وأشار إليها المصنف بقوله «بما يدل عرفاً» وهو متعلق بقوله أول الباب «صحت الوكالة». والمعنى أن الوكالة تصح وتنعقد بكل ما دل عليها في العرف، ولا يشترط لانعقادها لفظ مخصوص. قال في اللباب: من أركان الوكالة الصيغة أو ما يقوم مقامها مما يدل على معنى التوكيل انتهى. وقال ابن الحاجب: المعتبر الصيغة أو ما يقوم مقامها، قال في التوضيح: إن المعتبر في صحة الوكالة الصيغة كقوله «وكلتك» أو «أنت وكيلي» أو ما يقوم مقامه من قول أو فعل كقوله «تصرف عني في هذا» أو كإشارة الأخرس ونحوه انتهى.

قلت: وهذا من جانب الموكل. ولا بد أن يقترن به من جانب الوكيل ما يدل على القبول ويطلب فيه أن يكون على الفور. قال في اللباب إثر كلامه المتقدم: ولا بد من قبول التوكيل، فإن تراخى قبوله بالتوكيل الطويل فيخرج فيه قولان من الروايتين في المملكة والمخيرة في المجلس قبل الاختيار انتهى. وأصله للمازري ونقله في الجواهر ونقله في الذخيرة وزاد فيه عن الجواهر عن المازري قال: والتحقيق في هذا يرجع إلى العادة، هل المقصود من هذا اللفظ جوابه على الفور أم لا. وقال ابن عرفة: قال ابن شاس: ولا بد في الصيغة من القبول، فإن وقع بالفور فواضح، وإن تأخر ففي لغوه قولان على الروايتين في لغو التخيير بانقضاء المجلس.

الاستغناء: كفالة الأخرس جائزة إذا فهمت إشارته وكان رشيداً يعقل ما يلزمه من ذلك. انظر أيضاً قد نصوا أن العرف يقوم مقام اللفظ بالوكالة. أفتى أصبغ بن محمد فيمن أغار عليهم العدو وعادتهم من وجد فرساً لجاره حينئذ ركبه لينجيه وينجو هو أيضاً ففعل هذا رجل، فلما لحقت به خيل العدو تطارح عنه ورقى الجبل وأخذ العدو الفرس قال أصبغ: لا ضمان عليه لأن العادة كالوكالة. قال ابن الحاج: قياساً على الأضاحي. قال البرزلي: والأنكحة والأيمان. وقد قال ابن رشد: سماع ابن القاسم يدل على أنه يحكم للزوج بحكم الوكيل فيما باع واشترى لامرأته وإن لم تثبت وكالة للعرف الجاري من تصرف الرجال لأزواجهم في أمورهن. انظر أول مسألة من رسم حلف من كتاب البضائع، وانظر هناك دعوى الوكيل إلى موكله وموت الزوج والوكيل يحدثان ما جرى ذلك على أيديهما **(لا مجرد وكلتك)** ابن عرفة: شرط صحتها علم متعلقها خاصاً أو عاماً بلفظ أو قرينة أو عرف خاص أو عام، فلو أتى بلفظ التوكيل مطلقاً كانت وكيلي أو وكلتك فطريقان. فقال ابن بشير وابن شاس: لغو وهو قول ابن الحاجب لم يفد. وقال ابن رشد: إنما تكون الوكالة مفوضة في كل شيء إذا لم يسم فيها شيئاً ولهذا قالوا في الوكالة: إذا طالت قصرت وإذا قصرت طالت. وكذلك الوصية إذا قال الرجل فلان وصي ولم يزد على ذلك كان وصياً له في كل شيء في ماله وبضع بناته وإنكاح بنيه الصغار، وهذا قوله في المدونة. انظر رسم أسلم من

....

المازري: التحقيق الرجوع لاعتبار المقصود والعادة. هل المراد من اللفظ استدعاء الجواب عاجلاً أو ولو كان متأخراً انتهى. ونحوه في التوضيح. وهذا الذي ذكرناه في تفسير كلام المصنف هو الظاهر وعليه حمله البساطي، وحمله الشارح على معنى آخر وهو أن يكون الموكل فيه معلوماً بالعرف، وهذا مستغنى بقوله: «حتى يفوض» ثم قوله: «أو يعين بنص أو قرينة وتخصص وتقيد بالعرف». قال البساطي: أو لجأ الشارح إلى ذلك قول المصنف «لا بمجرد وكلتك» فإنه ظاهر فيما قال، ويمكن حمل هذا على معناه مع حمل الأول على ما قلناه والتقدير: وصحت الوكالة بلفظ يدل عرفاً وليس مطلق ما يدل عليها كافياً في ذلك إذا قد يصدق المطلق مع التفويض والتعيين والأعم لا يدل على الأخص. انتهى. بعضه بالمعنى. ويحتمل أن يكون أراد بقوله «بما يدل عرفاً» أي بما يدل على الوكالة وعلى الموكل فيه لأنه يصح أن يتعلق بالركن الثالث أعني الموكل فيه كما فعله صاحب الجواهر وصاحب الذخيرة، ويصح أن يتعلق بالركن الرابع الذي هو الصيغة ويكون المعنى: وتصح الوكالة بما يدل عرفاً على الوكالة وعلى الشيء الموكل فيه، ولهذا عقبه بقوله «لا بمجرد وكلتك» فهذا يدل على ما قلناه فتأمله والله أعلم.

تنبيهات: الأول: قال البساطي في شرح كلام المصنف: يعني ليس للوكالة صيغة خاصة بل كل ما دل لغة أو عرفاً فإنها تنعقد به، فإن خالف العرف اللغة فالمعتبر العرف انتهى. وهو راجع لما قلناه من أن المعتبر العرف والله أعلم.

الثاني: من العرف في الوكالة الوكالة بالعادة كما إذا كان ربع بين أخ وأخت وكان الأخ يتولى كراءه وقبضه سنين متطاولة فالقول قوله أنه دفعه لأخته. قال ابن ناجي عن بعض شيوخه: لأنه وكيل بالعادة وسيأتي كلامه برمته عند قول المصنف «وصدق في الرد كالمودع» وتصرف الرجل في مال امرأته محمول على الوكالة حتى يثبت التعدي، قاله مالك في رسم حلف من سماع ابن القاسم من كتاب البضائع والوكالات ورسم البز من سماعه من كتاب المديان.

الثالث: عد بعضهم أركان الوكالة ثلاثة، وجعل الوكيل والموكل ركناً واحداً منهم المشذالي ونصه: وأركان الوكالة ثلاثة: العاقدان والمعقود عليه والصيغة. فالعاقدان الوكيل والموكل، وشرط الموكل جواز تصرفه فيما وكل عليه فيصح من الرشيد مطلقاً ومن المحجور في الخصومة انتهى.

الرابع: تقدم في باب الشركة عند قول المصنف «وإنما تصح من أهل التوكيل والتوكل» أن وكالة العبد المأذون له جائزة وفي توكيل الأجنبي غير المأذون له طريقان.

فرع: قال في النوادر في كتاب العتق الرابع في ترجمة عتق عبده على مال: وإذا وكل

بَلْ حَتَّى يُفَوِّضَ فَيَمْضِي النَّظَرُ، إِلاَّ أَنْ يَقُولَ وَغَيْرُ النَّظَرِ، إِلاَّ الطَّلاَقَ، وَإِنْكَاحَ بِكْرِهِ، وَبَيْعَ دَارِ سُكْنَاهُ وَعَبْدِهِ،

السيد عبده لزمته الوكالة وإن لم يقبل انتهى. ص: **(بل حتى يفوض فيمضي النظر إلا أن يقول وغير نظر إلا الطلاق وإنكاح بكره وبيع دار سكناه وعبده)** ش: قال ابن الحاجب: الموكل فيه شرطه أن يكون معلوماً بالنص أو بالقرينة أو بالعادة، فلو قال وكلتك لم يفد حتى يقيد بالتفويض أو بأمر، فلو قال بمالي من قليل وكثير مضى في جميع الأشياء إذا كان نظراً إلا أن يقول وغير نظر. قد ذكر المصنف إن إطلاق التوكيل لا يفيد حتى يقيد بالتفويض أو بأمر، وهذا الفرع مثال للتفويض وشرط فيه المصنف وغيره أن يكون تصرفه على وجه النظر إلا أن يزيد في التعميم فيقول أو غير نظر، وهذه هي التي للإباحة وبها يتم تعميم الوكالة. وقد جرى عمل الناس عندنا في هذه الجهات أنه يتصرف الوكيل المفوض إليه في كل شيء مع وجود هذا القيد الذي ذكره المصنف إلا في بيع دار سكنى موكله وطلاق زوجته انتهى. ونقله في التوضيح. ويعلم من هذا أن قول المصنف «إلا الطلاق» وما بعده مستثنى من قوله «وغير نظر». وجعلها ابن فرحون في شرح ابن الحاجب تبعاً لابن راشد وغيره مستثناة من مطلق الوكالة المفوضة وهو صحيح، لأنها إذا استثنيت منها مع وجود هذا القيد فيها فأحرى أن تستثنى مع عدمه لكن لا يصح ذلك في كلام المصنف لأنا إذا جعلناها مستثناة من قوله «فيمضي النظر» اقتضى قوله بعده «إلا أن يقول وغير نظر» أنه إذا ذكر هذا القيد لا تكون مستثناة وإنما تمضي وهو خلاف ما قاله ابن عبد السلام فتأمله.

تنبيهات: الأول: اعترض المصنف عن ابن الحاجب في قوله «إلا أن يقول نظراً أو غير نظر» فقال: شرط المصنف في تصرف الوكيل أن يكون نظراً لأنه معزول عن غيره بالعادة إلا أن يصرح له بذلك فيقول نظراً وغير نظر. خليل: وفيه نظر، إذ لا يأذن الشرع في السفه فينبغي أن يضمن الوكيل إذ لا يحل لهما ذلك انتهى. وذكر ابن عرفة أن ابن الحاجب تبع في ذلك ابن بشير وابن شاس، ثم اعترض عليهم فقال: مقتضى أصل المذهب منع التوكيل على غير

سماع عيسى من البضائع. **(بل حتى يفوض)** ابن شاس: لو قال وكلتك وأنت وكيلي لم يجز حتى ليقيد بالتفويض أو بالتصرف في بعض الأشياء **(فيمضي النظر إلا أن يقول وغير النظر)** ابن بشير: إن قال وكلتك بما لي من قليل أو كثير شملت يد الوكيل جميع الأشياء ومضى فعله فيما إذا كان نظراً، وما ليس بنظر هو معزول عنه عادة إلا أن يقول أفعل ما شئت ولو كان غير نظر ابن عرفة: وتبعه ابن شاس وابن الحاجب وقبله ابن عبد السلام وابن هارون، ومقتضى المذهب منع التوكيل على غير وجه النظر. وانظر قبل قوله: «ورد في عهدة الثلاث» أن من ولي ولاية هو معزول عن المفسدة الراجحة والمصلحة المرجوحة **(إلا الطلاق وإنكاح بكره وبيع دار سكناه وعبده)** أما الطلاق والبيع فقال ابن عرفة: استمر عمل قضاة بلدنا بعدم إعمال وكالة التفويض التام في بيع دار

....

وجه النظر لأنه فساد، وفي البيوع الفاسدة تقييد بيع التمر قبل بدو صلاحه إذا لم يكن فساداً. ونقل اللخمي عن المذهب منع توكيل السفيه انتهى. وفهم ابن فرحون كلام ابن الحاجب على خلاف ما فهمه المصنف وابن عرفة فقال إثره: هذا مثال لوكالة التفويض ولفظ ما يقتضي العموم. فلو قال وكلتك بما إلي تعاطيه من بيع وشراء وطلاق وعتق وقليل الأشياء وكثيرها جاز فعل الوكيل في ذلك كله بشرطٍ أن يكون على وجه النظر، وعكسه هو معزول عنه بالعادة إلا أن يقول له افعلِ ما رأيت كان نظراً عند أهل البصر والمعرفة أو غير نظر، وليس مراده افعل مما شئت وإن كان سفهاً كما فهمه صاحب التوضيح انتهى.

قلت: هذا الذي ذكره إنما يتم على القول بمنع توكيل السفيه وهو أحد الطريقين في المسألة كما تقدم في باب الشركة، وأما على القول بجواز ذلك فيرجع ذلك إلى ما قاله في التوضيح. والحق أن النظر ها هنا في مقامين: أحدهما جواز التوكيل على هذا الوجه. والثاني مضى أفعال الوكيل وعدم تضمينه، فأما جواز التوكيل على هذا الوجه، فإن أريد به الإذن بما هو سفه عند الوكيل فالظاهر أن ذلك لا يجوز ولا ينبغي أن يتوقف في ذلك، وإن أريد به الإذن فيما يراه الوكيل صواباً وإن كان عند الناس سفهاً، فإن كان الوكيل معلوم السفه فكذلك لا يجوز، وإن كان على خلاف ذلك جاز. وأما مضي أفعال الوكيل وعدم تضمينه فالظاهر أن أفعاله ماضية ولا ضمان عليه في شيء لأن الموكل أذن له في ذلك. وقد قالوا في كتاب الجراح فيمن أذن لإنسان في قطع يده فقطعها أنه لا قود عليه لإذنه له في ذلك، فالمال أحرى. وهذا والله أعلم هو الذي أراده ابن بشير وابن شاس وابن الحاجب، بل هو المتبادر من قولهم «مضى» أي وإن كان لا يجوز ذلك ابتداء فتأمله. نعم هنا وجه يمكن أن يحمل معه كلامهم على الجواز ابتداء وذلك أنه قال في كتاب الشركة من المدونة: وما صنعه مفوض إليه من شريك أو وكيل على وجه المعروف لم يلزم ولكن يلزم الشريك في حصته ويرد صنيع الوكيل إلا أن يهلك ما صنع الوكيل فيضمنه الموكل انتهى. فإذا كان الوكيل ممنوعاً من التبرعات فيمكن أن يقال: معنى قولهم «يمضي النظر» أي ما فيه مصلحة تعود بتنمية المال لا التبرعات كالعتق والهبة والصدقة إلا أن يقول «وكلتك وكالة مفوضة وأذنت لك أن تفعل جميع ما تراه وإن كان غير نظر» أي ليس فيه مصلحة تعود بتنمية المال، وإن كان فيه مصلحة في نفسه الأمر فتمضي التبرعات ولا يقضى في هذه الأشياء أنها سفه أو فساد إلا ما تفاحش من ذلك وخرج عن الحد ولم يكن فاعله من أهل اليقين والتوكل فتأمله والله أعلم.

الثاني: علم من كلام المدونة المتقدم أن الوكيل المفوض ممنوع من التبرع فأحرى غيره. وقال ابن عبد البر في كافية ما نصّه: وأما الوكيل المفوض إليه فله أن يقبل وأن يؤخر وأن يهضم الشيء على وجه النظر وينفذ فعله في المعروف والصدقة إذا كان لذلك وجه، وفعله كله محمول على النظر حتى يتبين خلاف ذلك، فإذا بان تعديه أو فساده ضمن وما خالف فيه

الوكيل المفوض إليه وغيره ما أمر به فهو متعد، ولموكله تضمينه إن شاء ذلك انتهى. قلت: ينبغي أن يحمل قوله «وينفذ فعله في المعروف والصدقة» إذا كان لذلك وجه على أن المراد إذا كان لذلك وجه يعود بتنمية المال كما قالوا في الشريك إن ذلك يمضي إذا قصد به الاستئلاف وإلا كان كلام الكافي مخالفاً لما في المدونة والله أعلم.

الثالث: علم من كلام صاحب الكافي أن فعل الوكيل محمول على النظر حتى يتبين خلافه وكلامه في التوضيح لا ينافيه والله أعلم.

الرابع: قال ابن فرحون إثر كلامه السابق: ذكر بعضهم أنه يستثنى من الوكالة المفوضة بيع دار السكنى وطلاق الزوجة وبيع العبد القائم بأمور الوكيل وزواج البكر، لأن العرف قاض بأن ذلك لا يندرج تحت عموم الوكالة وإنما يفعله الموكل بإذن خاص انتهى. وقال في اللباب في كتاب الطلاق: إنه إن وكله على الطلاق معيناً لزمه. قال: وإن فوض إليه جميع أموره ولم يسلم له طلاق زوجته، فظاهر ما في الجواهر أن له ذلك. والذي حكاه ابن أبي زيد أنه معزول عرفاً عن طلاق الزوجة وبيع دار السكنى وتزويج البنت وعتق العبد انتهى.

الخامس: قال في النكاح من الأول من المدونة: وزوج أخته البكر بغير أمر الأب لم يجز، وإن أجازه الأب إلا أن يكون ابناً فوض إليه وجميع أمره وجميع شأنه فيجوز بإجازة الأب، وكذلك في أمة الأب وكذلك في الأخ والجد يقيمه هذا المقام انتهى. وقال المصنف في باب النكاح: وإن أجاز مجبر في ابن وأخ وجد فوض له أموره ببينة جاز انتهى. فقول المدونة «وقول المصنف هذا لا ينافي قولهم هنا أن الوكالة المفوضة لا تشمل تزويج البكر» بل هو موافق له لأن معنى ما هنا أنه لا يمضي بل يوقف على إجازة الموكل وإن اتفقا. نعم قال أبو الحسن الصغير إثر كلام المدونة المذكور: قوله فوض له يعني بالعادة، وأما لو كان بالصيغة لكان له أن يزوجها ولا يحتاج إلى إجازة الأب لأن الوكيل له أن ينكح ويطلق ويقر على موكله انتهى. فهذا مخالف لما قالوه هنا أن الوكالة المفوضة لا تشمل تزويجاً ولا طلاق الزوجة، وكأنه اعتمد على ظاهر كلام ابن شاس كما تقدم في كلام صاحب اللباب في التنبيه الذي قبل هذا، وأما إقراره على موكله فهو جائز كما تقدم، وأما توكيل لوكيل المفوض إليه غيره من غير أن ينص له على ذلك موكله فسيأتي الكلام عليه.

السادس: إذا ابتدئت الوكالة بشيء معين ثم قال في توكيله إنه وكله وكالة مفوضة أقامه مقام نفسه وأنزله منزلته وجعل له النظر بما يراه، فإنما يرجع التفويض لما سماه ولا يتعدى الوكيل ما سمى له، لأن ذلك كله يحمل على ما سماه ويعاد إليه. وأما إن لم يسم شيئاً بالكلية وإنما قال وكلته وكالة مفوضة، فهذا توكيل تام في جميع أمور الوكالة، ويجوز فعله في كل شيء من بيع أو شراء أو صلح أو غيره. قاله ابن رشد في نوازل أصبغ من كتاب

أَوْ يُعَيِّنَ بِنَصٍّ أَوْ قَرِينَةٍ، وَتَخَصَّصَ، وَتَقَيَّدَ بِالْعُرْفِ،

الوكالات. قال: وإن قال وكالة مفوضة جامعة لجميع وجوه التوكيل ومعانيه كان أبين في التفويض. ونقله عنه ابن عرفة. وقال في المقدمات: إذا وكل الرجل الرجل وكالة مطلقة لم يخصه بشيء دون شيء فهو وكيل في جميع الأشياء، وإن سمى بيعاً أو ابتياعاً أو خصاماً أو شيئاً من الأشياء فلا يكون وكيلاً إلا فيما سمى. وإنما قال في آخر الكلام وكالة مفوضة لأن ذلك إنما يرجع لما سمى خاصة، وهذا قولهم في الوكالة إذا طالت قصرت وإذا قصرت طالت. ونقله في التوضيح. وقال البرزلي: قال ابن الحاج: قال ابن عات: الذي جرى به العمل وأفتى به الشيوخ أنه متى انعقد في التوكيل تسمية شيء ثم ذكر بعد ذلك التفويض فإنما يرجع لما سمى، وإن لم يسم شيئاً وذكر التفويض التام فهو تفويض تام في جميع أمور الوكالة، وكلما فعل من بيع بيع وغيره، وعليه تدل رواية مطرف وغيره عن مالك. انتهى من مسائل الوكالات ص: **(وتعين بنص أو قرينة)** ش: يعني أن الوكالة إما على سبيل التفويض في جميع الأمور، أو يعين الموكل فيه فيتعين فليس له حينئذ أن يتعداه.

فرع: قال في كتاب الشهادات من المدونة: لو وكلت رجلاً بقبض مالك على فلان فجحده فحلفه الوكيل ثم لقيته أنت لم يكن لك أن تحلفه. قال ابن يونس: لأن يمينه لوكيلك يمين لك. وقال عياض: معناه أنه وكله على خصام أو فوض إليه الوكالة، وأما لو كان موكلاً على القبض مجرداً لم يكن له ذلك وكان لرب المال بعد خصامه وتحليفه انتهى. وهذا ظاهر ففهم منه إذا وكله على الخصام فله أن يحلفه والله أعلم.

مسألة: قال ابن رشد في نوازله: ومن وكل رجلاً على القيام بعيب في سلعة اشتراها من رجل والموكل غائب فأنكر المدعى عليه أن يكون باع من موكله ووجبت عليه اليمين لعدم البينة فردها على الغائب، فالذي أراه إذا لم يسم المقدم عليه من باع منه السلعة أو سمى رجلاً غائباً بعيد الغيبة فتبين بذلك لدده، أن يؤخذ منه حميل بالثمن إلى أن يكتب للموكل في الموضع الذي هو فيه ويحلف، وسواء كان قريب الغيبة أو بعيدها. ولا يدخل في هذا الاختلاف الذي في وكيل الغائب على قبض الدين يقربه الغريم ويدعي أنه قضاه، لأن هذا مقر للغائب بشيء وأما أخذ الثمن منه أو إيقافه فلا أراه إذ لم يثبت عليه بعد شيء انتهى. ص: **(وتخصص وتقيد بالعرف)** ش: فاعل «تخصص» و«تقيد» ضمير يعود على الشيء الموكل فيه،

سكنى الموكل وطلاق زوجه، وأما إنكاح بكره فانظر عند قوله: «وإن أجاز مجبر في ابن وأخ وجد فوض له أموره جاز» وأما العبد **(أو معين بنص أو قرينة)** تقدم عند قوله بما يدل عرفا أنهما طريقان. وعبارة ابن الحاجب: شرط الموكل فيه أن يكون معلوماً بالنص والقرينة أو العادة، فلو قال وكلتك لم يفد حتى يقيد بالتفويض أو بأمر مخصوص **(وتخصص وتقيد بالعرف فلا يعدوه)** ابن

فَلاَ يَعْدُهُ إِلاَّ عَلَى بَيْعٍ، فَلَهُ طَلَبُ الثَّمَنِ وَقَبْضُهُ، أَوِ اشْتِرَاءٍ فَلَهُ قَبْضُ الْمَبِيعِ

أو على لفظ الموكل. والمعنى أنه إذا كان لفظ الوكيل عاماً فإنه يتخصص بالعرف كما إذا قال وكلتك على بيع دوابي وكان العرف يقتضي تخصيص ذلك ببعض أنواع الدواب فإنه يتخصص به، وكذلك إذا قال له وكلتك على بيع هذه السلعة فإن هذا اللفظ عام في بيعها في كل مكان وزمان، فإذا كان العرف أن تلك السلعة إنما تباع في سوق مخصوص أو في زمان مخصوص فإن العرف يخصص ذلك العموم، وكذا إذا كان الشيء الموكل فيه مطلقاً أو لفظ الموكل فإنه يتقيد بالعرف كما لو قال اشتر لي عبدي فإنه يتقيد بما يليق به، والعام هو اللفظ المستغرق الصالح له من غير حصر، والمطلق هو اللفظ الدال على الماهية بلا قيد ص: **(إلا على بيع فله طلب الثمن وقبضه)** ش: هو نحو قول ابن الحاجب: ويملك الوكيل المطالبة بالثمن وقبضه. قال في التوضيح: يعني أن التوكيل على البيع يستلزم أن يكون للوكيل المطالبة بالثمن وقبضه، ولذلك لو سلم المبيع ولم يقبض الثمن ضمنه انتهى.

تنبيهات: الأول: قوله «فله طلب الثمن» يقتضي أن له ترك ذلك وليس كذلك كما دل عليه قوله في التوضيح، ولذلك لو سلم المبيع ولم يقبض الثمن ضمنه.

الثاني: قال في التوضيح: هذا مقيد بما إذا لم تكن العادة الترك فقد نص أبو عمران: على أنها لو كانت العادة في الرباع أن وكيل البيع لا يقبض الثمن فإن المشتري لا يبرأ بالدفع إليه انتهى. وقال في الشامل: وله قبض ما وكل في بيعه إلا لعادة. وقال ابن فرحون في تبصرته في الفصل الرابع في تقسيم المدعى لهم مسألة: والوكيل على بيع الدار والعقار إذا أراد قبض الثمن من المشتري وأراد أن يقيم البينة أنه وكيل على البيع لم يمكن من ذلك، لأن العرف والعادة أن وكيل البيع في الدار والعقار لا يقبض الثمن فليس له ذلك إلا بتوكيل خاص على قبض الثمن إلا أن يكون أهل بلد جرت عادتهم بأن متولي البيع يتولى قبض الثمن فيجزئه إقامة البينة على الوكالة على البيع، وهذا بخلاف الوكيل على بيع السلع فإن له قبض الثمن والمطالبة به انتهى.

الثالث: لو قال المصنف «فله قبض الثمن» لأغنى عن قوله «فله طلب الثمن» والله أعلم. ص: **(أو اشتراء فله قبض المبيع)** ش: قال ابن عرفة: قال ابن شاس: والوكيل بالشراء يملك

عرفة: التخصيص من عوارض العموم، والتقييد من عوارض المطلق، فيمتنع حمل التخصيص هنا على حقيقة التخصيص الأصولي. ابن شاس: أما إن قيدت الوكالة بالتصرف في بعض الأشياء دون بعض فالمرجوع في ذلك التقييد إلى مقتضى اللفظ والعادة **(إلا على بيع فله طلب الثمن وقبضه)** ابن عرفة: تشمل الوكالة على البيع والشراء لوازمهما العرفية فيها لأن وكيل البيع له قبض الثمن وإن لم يؤمر بذلك، وليس للمبتاع أن يأبى ذلك عليه. قال عبد الوهاب: وذلك بخلاف إذا أذنت لوليها في التزويج فليس ذلك يإذن له في قبض المهر إلا أن تذكره وكلا الوجهين عقد. **(أو اشتراء فله**

وَرَدُّ الْمَعِيبِ، إِنْ لَمْ يُعَيِّنْهُ مُوَكِّلُهُ، وَطُولِبَ بِثَمَنٍ وَمُثْمَنٍ، مَا لَمْ يُصَرِّحْ بِالْبَرَاءَةِ كَبَعَثَنِي فُلاَنٌ لِتَبِيعَهُ، لاَ لأَشْتَرِيَ مِنْكَ،

قبض المبيع وتبعه ابن الحاجب وقبله ابن عبد السلام وابن هارون وفي قبوله مطلقاً نظر، ومقتضى المذهب عند التفصيل فحيث يجب عليه دفع الثمن يجب له قبض المبيع، وحيث لا يجب لا يجب للنكتة التي فرقوا بها بين وجوب قبض الوكيل ثمن ما باعه وعدم صحة قبض ولي البنت نقد وليته دون توكيل عليه، فإنه في البيع هو مسلم المبيع لمبتاعه وليس الولي كذلك في النكاح انتهى. وما قاله ظاهر، وسيذكر المصنف الموضع الذي يجب على الوكيل فيه قبض الثمن. ص: **(ورد المعيب إن لم يعينه موكله)** ش: إذا عين الموكل السلعة المشتراة فليس للوكيل أن يردها بالعيب اتفاقاً لاحتمال أن يكون الموكل علم بالعيب أو يغتفره عند اطلاعه عليه لغرضه فيه. واختلف إذا لم يعينها فقال ابن القاسم: للوكيل أن يرده لأنه ضامن بمخالفة الصفة. وقال أشهب: ليس له أن يرده وإن رد فللموكل أن لا يجيز الرد ويضمنه قيمتها إن فاتت. قال أبو عمران: وإذا كان يلزمه الضمان بإمساكه السلعة على قول ابن القاسم وبرده لها على قول أشهب، فالحيلة في التخلص منه أن يرفع للحاكم فيحكم له بأحد المذهبين فيسقط عنه الضمان.

تنبيه: قال في التوضيح: قيد اللخمي قول ابن القاسم بما إذا كان العيب ظاهراً قال: وأما إن كان العيب مما يخفى فلا شيء على الوكيل، وإذا لم يكن عليه ضمان لم يكن له أن يرد انتهى. ولم يذكر ابن عرفة هذا التقييد ولا صاحب الشامل ص: **(إلا المفوض)** ش: كذا في بعض النسخ وعليها شرح الشارح وهو صحيح والله أعلم ص: **(لا لأشتري منك)** ش: أي

قبض المبيع) قال ابن شاس: الوكيل بالشراء يملك قبض المبيع. ابن عرفة: وتبعه ابن الحاجب وقبله ابن هارون وابن عبد السلام وفي قبوله مطلقاً نظر **(ورد المعيب إن لم يعينه موكله)** من المدونة: لو وجد الوكيل عيباً بالسلعة بعد الشراء وقد أمر بشرائها بعينها فلا رد له إذ العهدة للآمر، وإن كانت موصوفة بغير عينها فللوكيل الرد ليس لأن العهدة للوكيل دون الآمر بل العهدة للآمر ولكن بمخالفته الصفة لشرائه معيباً وهو قد علم بالعيب وأمكنه الرد به. قال ابن القاسم: وهذا كله في وكيل مخصوص، وأما المفوض إليه فيجوز جميع ما صنع من إقالة أو رد بعيب ونحوه على الاجتهاد بلا محاباة **(وطولب بثمن ومثمن ما لم يصرح بالبراءة)** في التدليس بالعيوب منها قال مالك: من ابتاع سلعة لرجل فأعلم البائع أنه إنما يشتريها لفلان فالثمن على الوكيل، نقداً كان أو مؤجلاً، حتى يقول له في العقد إنما ينقدك فلان دوني فالثمن على الآمر حينئذ. وقال ابن الحاجب: يطالب بالثمن والمثمون ما لم يصرح بالبراءة والعهدة عليه ما لم يصرح الوكالة **(كبعثني فلان لتبيعه لا لأشتري منك)** ابن المواز: وإن قال بعثني إليك لتبيعه فهذا كالشرط المؤكد ولا يتبع إلا فلاناً، فإن أنكر فلان غرم الرسول رأس المال، وإن قال إني أبتاعه لفلان ولم يقل وهو ينقدك دوني فليتبع المأمور إلا أن

وَبِالْعُهْدَةِ، مَا لَمْ يَعْلَمْ، وَتَعَيَّنَ فِي الْمُطْلَق نَقْدُ البَلَدِ وَلاَئِقٌ بِهِ، إِلاَّ أَنْ يُسَمِّيَ الثَّمَنَ، فَتَرَدُّدٌ،

فالثمن على الوكيل إلا أن يقر الموكل فليتبع أيهما شاء. نقله في التوضيح. زاد ابن عرفة: إلا أن يدعي الآمر أنه دفع الثمن للمأمور فيحلف ويبرأ ويتبع المأمور. ص: **(وبالعهدة)** ش: تصوره ظاهر.

مسألة: قال ابن عبد الحكم: إذا أقررت أن وكيلاً لك باع عبدك من فلان بمائة وفلان مصدق والوكيل منكر، فالعبد يلزم فلاناً بمائة والعهدة على بائعه ولا عهدة على الوكيل، ولا يلزم الوكيل قول سيد العبد انتهى ص: **(وتعين في المطلق نقد البلد إلى آخره)** ش: هذا كله مستفاد من قوله «وتخصص وتقيد بالعرف» وإنما ذكره ليبين الحكم بعد الوقوع بقوله «وإلا

يقر الآمر فليتبع أيهما شاء اهـ. ومن المدونة: وأما في البيع يعلمه أنه يبيع لفلان فالعهدة على فلان. ابن يونس: إنما فرق بين شراء الوكيل وبين بيعه إن قال أبيع لفلان فالعهدة على فلان، وإن قال أشتري لفلان فالثمن على الوكيل إلا أن يقول فلان ينقدك دوني هو أن العهدة أمرها خفيف وقد لا يحتاج إليها أبداً والثمن في شرائه لا بد منه وهذا قد ولي معاملته وقبض سلعته فعليه أداء ثمنها إلا أن يشترط أن الثمن على فلان **(وبالعهدة ما لم يعلم)** انظر هذا الإطلاق. قال في المدونة: من باع سلعة لرجل بأمره فإن أعلم المشتري في العقد أنها لفلان فالعهدة على ربها إن ردّت بعيب فعلى ربها تردّ وعليه اليمين لا على الوكيل، وإن لم يعلمه أنها لفلان حلف الوكيل وإلا ردّت السلعة عليه. وما باع الطوافون والنخاسون ومن يعلم أنه يبيع للناس فلا عهدة عليهم في عيب ولا استحقاق، والتباعة على ربها إن وجد وإلا اتبع **(وتعين في المطلق نقد البلد)** الكافي: من وكل ببيع سلعة فباعها بغير الدراهم والدنانير لم يلزم الآمر، واستحب مالك أن يباع العرض فإن كان فيه فضل عن قيمة المبيع كان للآمر، وإن كان فيه نقصان ضمن الوكيل. انظر هذا عند قوله «ولو ربوياً» **(ولائق به إلا أن يسمي الثمن فتردد)** من المدونة قال مالك: من أمر رجلاً أن يشتري له جارية أو ثوباً ولم يصف له ذلك، فإن اشترى ما يصلح أن يكون من ثياب الآمر أو خدمه جاز ولزم الآمر، وإن ابتاع له ما لا يشبه أن يكون من خدمه وثيابه فذلك لازم للمأمور ولا يلزم إلا أن يشاء. قال: ومن أبضع رجل أربعين ديناراً في شراء جارية ووصفها له فاشتراها له بأقل من الثمن أو بنصفه أو بزيادة دينار أو دينارين أو ما يشبه أن يزاد على الثمن لزمت الآمر إن كانت على الصفة، وكانت مصيبتها منه إن ماتت قبل قبضها، ويغرم الزيادة للمأمور في الوجهين لأنها جاريته لا خيار له فيها، وإن كانت زيادة كثيرة لا يزاد مثلها على الثمن خير الآمر في دفع الزيادة وأخذ الجارية بالزيادة، فإن أبى لزمت المأمور وغرم للآمر ما أبضع معه. وإن هلكت قبل أن يختار الآمر فمصيبتها من المأمور ويغرم للآمر ماله. قال بعض القرويين: هذه المسألة على أربعة أوجه: إن لم يسم له ثمناً ولا صفة، فما اشترى له مما يشبه من ثيابه أو خدمه لزمه. وإن سماها فاشترى بالثمن أو فوقه باليسير أو دونه بقليل أو كثير فإنه يلزمه. وإن وصفها له ولم يسم الثمن فلا يبالي بما اشترى له من الثمن. وإن سمى الثمن ولم يصف فلا يبالي ما اشترى له كان يشبهه أو لا يشبهه لأنه قد أبان له

وَثَمَنُ الْمِثْلِ وَإِلاَّ خُيِّرَ، كَفُلُوسٍ، إِلاَّ مَا شَأْنُهُ ذٰلِكَ لِخِفَّتِهِ، كَصَرْفِ ذَهَبٍ بِفِضَّةٍ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ الشَّأْنُ، وَكَمُخَالَفَتِهِ مُشْتَرَى عُيِّنَ، أَوْ سُوقاً، أَوْ زَمَاناً أَوْ بَيْعِهِ بِأَقَلَّ، أَوِ اشْتِرَائِهِ بِأَكْثَرَ كَثِيراً،

خير» ص: **(وثمن المثل)** ش: أي وتعين أيضاً ثمن المثل إذا أطلق له ولم يسم له الثمن، وأما إن سمى له ثمناً فيتعين. قال ابن عرفة: قال المازري: وفي كون التسمية للثمن مسقطة عن الوكيل النداء والشهرة والمبالغة في الاجتهاد أم لا. ابن بشير: لو أمره ببيع سلعة بثمن سماه فباعها به من غير إشهاد فقولان: أحدهما إمضاؤه، والثاني رده لأن القصد عدم نقص الثمن وطلب الزيادة ولو ثبت أحد القصدين ما اختلف فيه انتهى. ص: **(أو بيعه بأقل أو اشتراؤه بأكثر كثيراً)** ش: أي وكذا يخير الموكل إذا باع الوكيل الشيء الموكل على بيعه بأقل

قدر ذلك. قال بعض أصحابنا: ينبغي أن لا يلزمه إلا أن يشتري له ما يشبهه وإن سمى الثمن خاصة اهـ. من ابن يونس **(وثمن المثل)** من المدونة قال مالك: إن باع الوكيل أو ابتاع بما لا يتغابن الناس بمثله في الثمن لم يلزمه كبيعه الأمة ذات الثمن الكثير بخمسة دنانير ونحوها. قال ابن القاسم: ويرد ذلك كله إن لم يفت، فإن فات لزم الوكيل القيمة، ولو باع بما يشبه جاز بيعه **(وإلا خير كفلوس إلا ما شابه ذلك لخفته)** من المدونة قال مالك: إن باعه بغير العين من عرض أو غيره وانتقد فأحب إلي أن يضمن المأمور إلا أن يجيز الآمر فعله ويأخذ ما باع به. قال مالك: ولو أمره بشراء سلعة فاشتراها بغير العين فله ترك ما اشترى أو الرضا به ويدفع إليه ثمن ما أدى، ولو اشترى لك أو باع بفلوس فهي كالعروض إلا أن تكون سلعة خفيفة الثمن إنما تباع بالفلوس وما أشبه بذلك، فالفلوس فيها بمنزلة العين. ابن يونس: لأنه اشتراها بالعرف من ثمنها فلم يتعد **(وكصرف ذهب بفضة إلا أن يكون الشأن)** من المدونة: إن دفعت إليه دنانير يسلمها لك في طعام أو غيره فلم يسلمها حتى صرفها دراهم، فإن كان هو الشأن في تلك السلعة لأنه يسلم الثلث دينار دراهم ونصفاً ونحوه أو كان ذلك نظراً لأن الدراهم فيما يسلم فيه أفضل فذلك جائز، وإلا كان متعدياً وضمن الدنانير ولزمه الطعام. ولا يجوز أن يتراضيا على أن يكون الطعام لك إلا أن يكون قد قبضه الوكيل فأنت مخير في أخذه أو أخذ دنانيرك **(وكمخالفة مشتري عين)** ابن الحاجب: مخصصات الموكل متعينة كالمشتري، فإن خالف فالخيار للموكل وسيأتي بعد هذا إن كان ربوياً أو سلماً **(أو بسوق أو زمان)** ابن شاس: مخصصات الموكل معتبرة. لو قال بع من زيد لم يبع من غيره، ولو خصص سوقاً تتفاوت فيها الأغراض تخصص. وفي الموازية: من أمر بشراء جارية موصوفة ببلد فاشتراها ببلد دونه، خير الآمر في أخذها وضمانها من المأمور. زاد ابن حبيب عن مطرف: كانت بالموضع المسمى أرخص أو أغلى. وقال ابن الماجشون: إن تساوى سعر الموضعين فليس ضمانها من الآمر **(أو بيعه بأقل)** سمع عيسى ابن القاسم: إن أمره أن يبيعها بعشرة نقداً فباعها بخمسة أن عليه تمام العشرة لإتمام القيمة. ابن بشير: إذا وكل على بيع فباع بأقل فهو متعد ولو نقص اليسير **(أو اشترائه بأكثر كثير إلا كدينارين في أربعين)** تقدم نصها بهذا عند قوله

إِلاَّ كَدِينَارَيْنِ فِي أَرْبَعِينَ وَصُدِّقَ فِي دَفْعِهِمَا وَإِنْ سَلَّمَ، مَنْ لَمْ يَطُلْ،

مما سمى له أو اشترى ما وكل على شرائه بأكثر مما سمى له بشيء كثير. وظاهر كلامه هنا أنه يخير مطلقاً وليس كذلك، بل ذلك مقيد بأن لا يؤدي إلى فسخ الدين في الدين وإلى بيع الطعام قبل قبضه كما سيقوله المصنف أعني قوله: «والرضا بمخالفته في سلم» ويقيد كلامه هنا أيضاً بما إذا لم يلتزم الوكيل الزائد كما سيقوله المصنف أيضاً.

فرع: قال في النوادر عن أشهب: إذا وضع الوكيل من الثمن بعد البيع فذلك باطل والآمر مخير في أن يجيز أو يرجع بذلك على المشتري ولا رجوع له على الوكيل. قال: ولو تحاكما لبعض قضاة المشرق فحكم بالوضيعة على الوكيل لأنفذت ذلك، أولم أر على المبتاع شيئاً. ونزلت بأشهب وهو المبتاع فحكم له بالوضيعة على الوكيل فصالح أشهب البائع على نصف الوضيعة وصار له انتهى. والمسألة في سماع أصبغ من كتاب الوكالات ص: **(إلا كدينارين في أربعين)** ش: يعني أن الوكيل إذا خالف في الاشتراء فإنه يخير الموكل إلا أن تكون المخالفة بزيادة في الثمن زيادة يسيرة كالدينارين في الأربعين فإنه يلزمه ذلك. وفي بعض النسخ «لا كدينارين» بلا النافية بدل «إلا» الاستثنائية وهي أحسن كما قال ابن غازي: وتخصيصه اغتفار المخالفة باليسير بالاشتراء هو الذي مشى عليه عبد الحق وابن يونس واللخمي والمتيطي وصاحب الجواهر. وذكر صاحب النظائر اغتفار المخالفة باليسير في البيع أيضاً، وهو ظاهر إطلاق ابن الحاجب. ولم ينص في المدونة على اغتفار اليسير إلا في الشراء ومثله كالثلاثة في المائة وكالاثنين في الأربعين. وما ذكره من اغتفار اليسير في الشراء، ظاهره سواء كانت السلعة معينة أم لا وهو كذلك. قال ابن محرز: وخالف فيه بعض المذاكرين. وقال ابن عرفة: المازري: واليسير في المائة الديناران والثلاثة. التونسي: لا تكون الزيادة في قليل الثمن مقصورة على هذا الحساب، إنما ينظر إلى ما زاد في مثله عادة، ولا يجب على الوكيل أن يزيده على ذلك إنما هذا إذا زاده لزم الموكل. ولو اشترى السلعة لنفسه لما لم يبعها ربها بالمسمى كانت له إذا قلنا إنه لا يلزمه أن يسلف من وكله. قال ابن عرفة: قلت: الظاهر أنه لو كان بيد المأمور للآمر ما يدفع منه الزيادة لزمه الشراء بها فلا يتم له شراؤها لنفسه، وكذا إن كان المأمور مالكاً لقدر الزيادة غير محتاج إليها، لأن قبوله التوكيل على شرائها التزام منه للوازم شرائها. ويؤيده قول أصبغ في سماع أشهب: من أمر بشراء سلعة بخمسة عشر فاشتراها لنفسه بستة عشر وقال أبي البائع بيعها بخمسة عشر فاشتريتها لنفسي بستة عشر قبل قوله وكانت له. قال

«ولائق به» **(وصدق في دفعهما)** ابن يونس: فإذا قال إني زدت الدينارين على الأربعين في السلعة التي اشترى ولم يعلم ذلك إلا من قوله، حلف وكان له الرجوع على الآمر بذلك لأنه كالمأذون له في ذلك **(وإن سلم ما لم يطل)** ابن شاس: يقبل قول الوكيل يعني إذا زاد اليسير الذي جرت العادة بزيادة مثله إن ذكر ذلك قبل تسليم السلعة أو قرب التسليم ولا يصدق في ذكره بعد الطول

وَحَيْثُ خَالَفَ فِي آشْتِرَاءٍ لَزِمَهُ، إِنْ لَمْ يَرْضَهُ مُوَكِّلُهُ، كَذِي عَيْبٍ، إِلاَّ أَنْ يَقِلَّ، وَهُوَ فُرْصَةٌ، أَوْ فِي بَيْعٍ، فَيُخَيَّرُ مُوَكِّلُهُ،

أصبغ: أرى أن يحلف واستحسن أن الأمر في أخذها بالخيار. ابن رشد: استحسانه بعيد إذ لا يلزمه أن يسلفه الزيادة انتهى والله أعلم. ص: **(وحيث خالف في اشترائه لزمه إن لم يرضه موكله)** ش: تضمن هذا الكلام مسألتين: إحداهما أن الموكل مخير في الرضا بالشيء المشتري وعدم الرضا به وهذه تقدمت. والثانية أنه إذا لم يرض به الموكل فإنه يلزم الوكيل. وهذه من هنا استفيدت وأتى المؤلف بهذا الكلام لأجلها.

مسألة: من أمر رجلاً بشراء سلعة فاشتراها لنفسه ففيها أربعة أقوال: الأول القول قول المأمور مع يمينه إن اتهم وإن دفع له الآمر الثمن وهو رواية محمد بن يحيى الشيباني عن مالك. والثاني السلعة للآمر وإن لم يدفع الثمن وهو رواية غير ابن القاسم في المدونة وقول أصبغ وروايته عن ابن القاسم في المدونة، وسواء أشهد المأمور أنه اشتراها لنفسه أم لم يشهد حتى يرجع الأمر إلى الآمر فيبرأ من وعده بالشراء. والثالث الفرق بين أن يكون دفع إليه الثمن أم لا. والرابع أنه للآمر إلا أن يكون المأمور أشهد أنه إنما يشتريها لنفسه. انتهى مختصراً من أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الشركة، وكرر المسألة في كتاب البضائع والوكالات في أول رسم من سماع ابن القاسم منه. ص: **(كذي عيب إلا أن يقل وهو فرصة)** ش: قال ابن عرفة: وشراؤه معيباً تعمداً عداء إلا ما يغتفر عرفاً فيها إن أمرته بشراء سلعة فابتاعها معيبة، فإن كان عيباً خفيفاً يغتفر مثله وقد يكون شراؤها به فرصة لزمتك، وإن كان عيباً مفسداً لم تلزمك إلا أن تشاء وهي لازمة المأمور. قال ابن عرفة قلت: لو كان العيب مغتفراً بعموم الناس وحال الآمر لا يقتضي اغتفاره، هل يلزم الآمر أم لا؟ والأظهر أنه يتخرج على القولين في أول كتاب الغصب في أثر العداء إذا كان يسيراً بالنسبة إلى عموم الناس، وغير يسير بالنسبة إلى حال المتعدى عليه، هل يحكم فيه بحكم اليسير أو الكثير؟ وعبر عن هذا ابن الحاجب بقوله «فإن علم بالعيب كان له ولا رد إلا في اليسير». قلت: استثناؤه إلا في اليسير يستحيل رده لمنطوق ما قبله ولهما يستقيم رده لمحذوف تقديره ولا يلزم الآمر، ومثل هذا الحذف لا ينبغي في المسائل العلمية مع يسر العبارة عنه بقوله «فإن علم بالعيب لزمه لا الآمر إلا في اليسير انتهى. قلت: واقتصر المصنف في فصل التعدي على القول بأنه يحكم له بحكم الكثير. ص: **(أو في بيع فيخير موكله)** ش: هذا مستفاد مما تقدم لكنه أعاده ليكمله بقوله «ولو ربوياً» وبقوله «إلا

(وحيث خالف في اشتراء لزمه إن لم يرضه موكله) تقدم هذا عند قوله «وكصرف ذهب» وعند قوله «وكمخالفة مشتري» **(كذي عيب إلا أن يقل وهو فرصة)** من المدونة قال مالك: إن أمرته بشراء سلعة فابتاعها معيبة، فإن كان عيباً خفيفاً يغتفر مثله وقد كان شراؤها به فرصة لزمك، وإن كان عيباً مفسداً لم تلزمك إلا أن تشاء وهي لازمة للمأمور. **(أو في بيع فيخير موكله)** ابن

وَلَوْ رِبَوِيًّا بِمِثْلِهِ، إِنْ لَمْ يَلْتَزِمِ الْوَكِيلُ الزَّائِدَ عَلَى الأَحْسَنِ لاَ إِنْ زَادَ فِي بَيْعٍ،

أن يلتزم الوكيل الزائد» فإنه راجع إلى المخالفة في الشراء والبيع كما قاله ابن الحاجب وغيره. والمعنى وحيث خالف في بيع فيخير موكله في إجازة البيع وأخذ الثمن الذي بيعت به ورده وأخذه سلعته إن كانت قائمة، وهذا بعد أن يثبت أن السلعة ملك الموكل ويحلف على التعدي كما سيأتي ذلك في اختلاف الوكيل والموكل، وصرح به في التوضيح في شرح قوله «ولا بيع بعرض ولا نسيئة».

تنبيه: ولا يعدو الوكيل بتعديه ملتزماً لما سمى له الموكل من ثمن السلعة على المشهور. قاله في التوضيح في شرح المسألة المذكورة والله أعلم. ص: **(ولو ربوياً بمثله)** ش: هذا إذا لم يعلم المشتري بتعدي الوكيل، وأما إن علم بذلك فالعقد فاسد. قاله المازري ونقله ابن عرفة. ص: **(إن لم يلتزم الوكيل الزائد على الأحسن)** ش: هذا راجع إلى مسألة المخالفة في البيع والشراء كما تقدم، لكن معناه مختلف بالنسبة إلى المسألتين، فمعناه في مسألة الشراء الزائد على الثمن الذي سمى له، وفي مسألة البيع الزائد على الثمن الذي باع به. ص: **(أو اشتر**

الحاجب: مخصصات الموكل معينة كالمشتري، فإن خالف فالخيار للموكل إلا أن يكون ربوياً بربوي فقولان. ابن شاس: إن باع بدون ما سمى له فرب السلعة بالخيار بين أن يمضي فعله أو يفسخه، فإن أمضاه أخذ الثمن وإن فسخه فإن كانت السلعة قائمة أخذها، وإن كانت فائتة طالبه بالقيمة إن لم يسم ثمناً، فإن سمى فهل له مطالبته بما سمى أو بالقيمة؟ قولان، انظر هذا مع ما تقدم عند قوله «أو بيعه بأقل» **(ولو ربوياً بمثله)** ابن بشير: إن خالف الوكيل في البيع فباع ربوياً بربوي كعين بعين أو طعام بطعام، فهل للآمر أن يرضى بفعله؟ قولان. وهما على الخلاف في الخيار الحسي هل هو كالشرطي. وقال اللخمي: إن باع الطعام بطعام فأجاز ابن القاسم للآمر أن يأخذ الطعام الثاني، ومنعه أشهب وقال: ليس للآمر إلا مثل طعامه. وقد اختلف قوله في هذا الأصل قال في العبد يتزوج حرة بغير إذن سيده ودخل بها ثم زنت قبل أن يجيز السيد قال: إن أجاز السيد رجمت وإن رد لم ترجم، فجعله إن أجاز كأنه منعقد من الأول فعلى هذا يجوز للآمر أن يأخذ الطعام الثاني **(إن لم يلتزم الوكيل الزائد على الأحسن)** من المدونة: إن باع الوكيل أو ابتاع بما لا يشبه من الثمن لم يلزم الآمر ويرد ما لم تفت السلعة فيلزم الوكيل القيمة. ابن بشير: إن قال الوكيل أنا أتم ما نقصت، فهل يترك ويتم البيع؟ قولان: أحدهما لا يلتفت لقوله لأنه متعدٍ في البيع، والثاني أن له ذلك لأن مقصود الآمر قد حصل له. ابن عرفة: لم يحك الصقلي غير قول ابن حبيب: ليس للمأمور أن يلزم الآمر المشتري بما أمره ويحط عنه الزيادة». ابن يونس: لأنها عطية منه لا يلزمه قبولها. ابن عبد السلام: هذه المسألة كمسألة من أمر من يزوجه بألف فزوجه بألفين. ابن عرفة: الأظهر أن المسألتين مختلفتان لا يجري القول بقبول اتهام المأمور في مسألة البيع القول بقبول إتمامه في النكاح، لأن في قبوله في النكاح، غضاضة على الزوج والزوجة وولد إن حدث **(لا إن زاد في**

أَوْ نَقَصَ فِي ٱشْتِرَاءٍ، أَوْ ٱشْتَرِ بِهَا فَٱشْتَرَى فِي ٱلذِّمَّةِ وَنَقَدَهَا وَعَكْسُهُ، أَوْ شَاةً بِدِينَارٍ فَٱشْتَرَى بِهِ ٱثْنَتَيْنِ لَمْ يُمْكِنِ إِفْرَادُهُمَا وَإِلاَّ خُيِّرَ فِي ٱلثَّانِيَةِ،

بها فاشترى في الذمة ونقدها وعكسه) ش: هكذا قال ابن شاس وابن الحاجب. قال في التوضيح: وينبغي أن يتخرج على القول بوجوب الوفاء بشرط ما لا يفيد أن يكون للموكل الخيار، أما إن ظهر لاشتراط الموكل فائدة فإنه يعمل على قوله بلا إشكال، وقد نص المازري عليه انتهى. وهكذا نقل عنه ابن عرفة فإنه قال: ذكر المازري للشافعية فيها كلاماً ثم قال: النكتة عندي غرض الموكل إن ظهر فيما رسم غرض فمخالفته عداء، وإن لم يكن غرضه إلا تحصيل السلعة فليس بعداء. وقال ابن عبد السلام: لو دفع الدنانير وديعة فدفعها الوكيل في الثمن لم يبعد أن يكون متعدياً إذا قيل بتعيين الدنانير والدراهم إذ قد يتعلق للآمر بعينها غرض صحيح، إما لشبهة فيها فلا يجب فوتها بالشراء بها حتى ينظر في إصلاح تلك الشبهة، أو لتحقيق طيب كسبها فيجب أن يشتري بها لقوته لا لتجارة أو لغير ذلك مما يقصده الناس. ابن عرفة: إن أراد أنه يحكم عليه على هذا القول بحكم التعدي بقيد كون الدنانير والدراهم قائمة بعينها فمسلم، وإن أراد، أنه يحكم عليه بحكم التعدي مطلقاً وهو ظاهر قوله رد بأنه لا فائدة في الحكم عليه حينئذ بالتعدي، لأن الواجب عليه بتعديه غرم مثل دنانير الآمر ويجب على الآمر غرم مثلها وهذا لا فائدة فيه انتهى. ص: **(وإلا خير في الثانية)** ش: يعني وإن أمكن إفراد أحدهما عن الآخر فتلزم الموكل واحدة منهما ويخير في الثانية بين أن يقبلها أو يردها ويأخذ

بيع) ابن بشير: إن خالف في بيع كقوله: «بع بعشرة» فباع باثني عشر أو: «بع بالدين بعشرة» فباع بذلك نقداً، فقولان مبنيان على الخلاف في شرط ما لا يفيد هل يوفي به أم لا. ابن عرفة: هذا كما قال **(أو نقص في اشتراء)** تقدم نص المدونة: «فاشتراها بأقل لزمت الآمر» انظره عند قوله: «ولائق» **(أو اشتر بها فاشترى في الذمة ونقدها وعكسه)** ابن شاس: إذا سلم له ألفاً فقال له اشتر بها كذا فاشتراه في الذمة ونقد الألف، أو قال له اشتر في الذمة وسلم الألف فاشترى بعينه صح فيها اهـ. وانظر هنا مسألة خلافية إذا سمى له الثمن فباع به من غير تسويق. انظر أول مسألة من سماع عيسى من رسم إن خرجت من البضائع **(أو شاة بدينار فاشترى به اثنتين لم يمكن إفرادهما وإلا خير في الثانية)** من المدونة: في المبضع معه بمال في شراء جارية على صفة فابتاع له بالمال جاريتين على الصفة، فإن اشترى واحدة بعد واحدة فالآمر مخير في الثانية بين أن يأخذها أو يدعها، وإن كانتا في صفقة ولم يقدر على غيرهما فهما لازمتان للآمر. وفي العتبية قال ابن القاسم: إن اشتراهما في صفقة فالآمر مخير إن شاء أخذ واحدة بحصتها من الثمن ورجع ببقية الثمن على المأمور اهـ. ما لابن يونس. وانظر قبل رسم حمل صبياً من سماع عيسى من البضائع. وقال اللخمي: تلزمه الشاتان مطلقاً. المازري: يحتج أصبغ بحديث حكيم أمره ﷺ أن يشتري له شاة بدينار فاشترى له شاتين بدينار وباع واحدة منهما بدينار وأتاه بشاة ودينار ودعا له بالبركة

أَوْ أَخَذَ فِي سَلَمِكَ حَمِيلاً، أَوْ رَهْناً وَضَمِنَهُ قَبْلَ عِلْمِكَ بِهِ، وَرِضَاكَ وَفِي بِذَهَبٍ بِدَرَاهِمَ، وَعَكْسِهِ، قَوْلاَنِ، وَحَنِثَ بِفِعْلِهِ فِي لاَ أَفْعَلُهُ إِلاَّ بِنِيَّة، وَمُنِعَ ذِمِّيٌّ فِي بَيْعٍ أَوْ شِرَاءٍ أَوْ تَقَاضٍ

ما ينو بها من الثمن. هذا إن اشتراهما في عقد واحد، وإن اشتراهما في عقدين فالأولى للموكل ويخير في الثانية، فقول المصنف «خير في الثانية» شامل للصورتين ونحوه لابن عبد السلام ص: **(وفي ذهب في بدراهم وعكسه قولان) ش:** قال في تصحيح ابن الحاجب: القول بالإمضاء اختيار اللخمي، وتأول المدونة عليه وأشار في الشامل لتصحيحه بذلك انتهى. ونص الشامل: ومضى في بعه بذهب فباع بورق وعكسه على المختار والمؤول. **ص: (وحنث بفعله في لا أفعله إلا بنية) ش:** قال في المقدمات: ويد الوكيل كيد موكله فيما وكله عليه فيمن حلف أن لا يفعل فعلاً فوكل غيره على فعله حنث إلا أن يكون نوى أن لا يفعله هو بنفسه، وكذلك من حلف أن يفعل فعلاً فوكل غيره على فعله فقد برىء إلا أن يكون نوى أن يلي هو الفعل بنفسه انتهى. ونقله المتيطي. وفي مسائل الطلاق من البرزلي: إذا حلف أن لا يدخل داره سلعة كذا فأدخلها أخوه بغير إذنه، فلا شيء على الحالف إذا لم يقدر على إخراجها انتهى. **ص: (ومنع ذمي في بيع أو شراء أو تقاض) ش:** كذا في السلم الثاني من المدونة بلفظ: لا يجوز. قال: وكذلك عبدك النصراني. ابن يونس: لا تأمره ببيع ولا شراء ولا اقتضاء انتهى.

وكان لو اشترى تراباً بالربح فيه **(أو أخذ في سلمك حميلاً أو رهناً)** من المدونة قال ابن القاسم: من أمرته أن يسلم لك في طعام ففعل وأخذ رهناً أو حميلاً بغير أمرك جاز لأن زيادة توثق وهذا قول مالك **(وضمنه قبل علمك به ورضاك)** ابن القاسم: فإن هلك الرهن قبل علمك به فهو من الوكيل، وإن هلك بعد علمك به ورضاك فهو منك، وإن رددته لم يكن للوكيل حبسه **(وفي ذهب في بدراهم وعكسه قولان)** اللخمي: يختلف إذا أمره أن يبيع بدنانير فباع بدراهم أو بدراهم فباع بدنانير وهي في القيمة مثل ما سمي له، وأرى أن يمضي لأن كل واحد منهما يسد مسد صاحبه إلا أن يعلم أن ذلك كان لغرض الآمر فيرد فيه البيع إذا كان قائماً، فإن فات وغاب المشتري كان الآمر بالخيار بين أن يجيز أو يباع بالثمن ويشتري له مثل ما أمر. المازري: في هذا الأصل قولان بناء على أنهما جنس أو جنسان. ابن عرفة: الأظهر أنهما جنسان لأنه لو أودعه دنانير فتسلفها وردّها دراهم لم يبرأ اتفاقاً، ولو كان رأس مال القراض دنانير فردّه العامل دراهم لم يلزم رب المال قبولها **(وحنث بفعله في لا أفعله إلاّ بنية)** ابن رشد: يد الوكيل كيد موكله فيما وكله عليه، فمن حلف أن لا يفعل فعلاً فوكل غيره على فعله فهو حانث إلا أن يكون نوى أن لا يفعله هو بنفسه، وكذلك من حلف أن يفعل فعلاً فوكل غيره على فعله فقد بر إلا أن يكون نوى أن يلي هو ذلك الفعل بنفسه **(ومنع ذمي في بيع أو شراء أو تقاض)** من المدونة قال مالك: لا يجوز لمسلم أن يستأجر نصرانياً إلا للخدمة، أما لبيع أو شراء أو تقاض أو ليبضع معه فلا يجوز لعملهم بالربا أو

وَعَدُوٌّ عَلَى عَدُوِّهِ، وَالرِّضَا بِمُخَالَفَتِهِ فِي سَلمٍ، إِنْ دَفَعَ لَهُ الثَّمَنَ،

تنبيه: مناقشة ابن عبد السلام وابن عرفة لابن الحاجب في قوله فيها لا يوكل الذمي على مسلم أو بيع أو شراء إلى آخر كلامه، وإنما هو في غزوه للمدونة بلفظ على مسلم لا في تقييد المسألة بذلك، لأن كلام ابن يونس يدل على ذلك فتأمله.

فرع: قال ابن عرفة: المازري: لو وقع تفاوض الذمي بوكالته في خمر تصدق الموكل بجميع ثمنه وفي الربا بالزيادة فقط، ولو فعل ذلك وهو يعلم حرمته وعدم إرادة المسلم ذلك غرم له ما أتلف عليه بفعله ذلك انتهى. ونقله القرافي في الذخيرة. فيؤخذ منه أنه إذا عمل في الخمر يجب التصدق بالجميع، وإذا عمل بالربا يجب التصدق بالزائد. ويلزم مثله في الشركة يعني إذا شارك الذمي وتحقق أنه عمل بالربا أو في الخمر، وأما إن شك في ذلك ولم يتحقق فقال اللخمي: يستحب له التصدق. قاله في الشركة ويأتي مثله في الوكالة. وقال في الشركة: وأما لو تحقق أنه لم يعمل بالربا ولا في الخمر ونحوه لم يكن عليه شيء ويأتي مثله هنا أيضاً والله أعلم. ص: **(وعدو على عدوه)** ش: قال ابن رشد: لا يباح لأحد توكيل عدو خصمه على الخصام ولا عدو المخاصم على خصمه لأن الضرر في الوجهين بين اهـ. وقال ابن سلمون:

استحلالهم له. قال مالك: وكذا عبده النصراني لا يجوز أن يأمره ببيع شيء ولا شرائه ولا اقتضائه، ولا يمنع المسلم عبده النصراني أن يأتي الكنيسة ولا من شرب الخمر وأكل الخنزير. قال ابن القاسم: ولا يشارك المسلم ذمياً إلا أن لا يغيب على بيع أو شراء إلا بحضرة المسلم. قال: ولا بأس أن يساقيه إذا كان الذمي لا يعصر حصته خمراً. قال: ولا أحب لمسلم أن يدفع لذمي قراضاً لعمله بالربا ولا يأخذ منه قراضاً لئلا يذل نفسه، يريد وإن وقع لم يفسخ **(وعدو على عدوه)** ابن شاس: من الموانع من التوكيل العداوة فلا يوكل العدو على عدوه. ابن عرفة: هو قول ابن شعبان لما نهى عنه من الضرر والضرار **(والرضا بمخالفته في سلم إن دفع له الثمن)** من المدونة قال ابن القاسم: إن دفعت إليه دراهم ليسلمها في ثوب هروي فأسلمها في بساط شعر، أو يشتري لك بها ثوباً فأسلمها في طعام، أو في غير ما أمرته به أو زاد في الثمن ما لا يزاد على مثله، فليس لك أن تجيز فعله وتطالب بما أسلم فيه من عرض أو طعام أو تدفع إليه ما زاد، لأن الدراهم لما تعدى عليها صارت عليه ديناً ففسخته فيما لا تتعجله وذلك دين بدين. ويدخل في أخذك الطعام الذي أسلم فيه مع ما ذكرنا بيعه قبل قبضه لا شك فيه لأن الطعام قد وجب للمأمور بالتعدي فليس له بيعه حتى يقبضه، وسلم المأمور لازم له ليس لك ولا له فسخه، ولا شيء لك أنت على البائع وإنما لك على المأمور ما دفعت إليه من الثمن. وقال ابن بشير: من أمر أن يسلم في شيء فأسلم في خلافه، فإن لم يفت رأس المال أو كان مما يعرف بعينه فالآمر له الرضا أو رد السلعة إن لم يدفع إليه الثمن، وإن فاتت أو كانت مما لا يعرف بعينه وقد دفع له الثمن، فهل له الرضا؟ القولان. وانظر رسم عبد من سماع عيسى من البضائع إذا وكله على بيع سلعة فباعها من نفسه، هل للآمر أن يخير بين أن

وَبَيْعُهُ لِنَفْسِهِ وَمَحْجُورِهِ بِخِلاَفِ زَوْجَتِهِ وَرَقِيقِهِ. إِنْ لَمْ يُحَابِ. وَٱشْتِرَاؤُهُ مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ إِنْ عَلِمَ وَلَمْ يُعَيِّنْهُ مُوَكِّلُهُ وَعَتَقَ عَلَيْهِ، وَإِلاَّ فَعَلَى آمِرِهِ،

وسئل ابن رشد فيمن وكل وكيلاً على الخصام فوكل وكيله وكيلاً آخر وبين أحد الموكلين والذي وكل الآخر عداوة، هل يمنع من توكيله؟ فقال: الذي أراه في هذا أن لا يباح لأحد توكيل عدو خصمه على الخصام ولا عدو المخاصم عنه لأن الضرر في الوجهين بين انتهى. وذكره البرزلي وزاد على ما ذكرت أنه لا يسلم من دعواه الباطل لأجل عدواته لخصمه. ابن الحاج: للرجل أن يخاصم عن نفسه عدوه بخلاف توكيل العدو وعلى عدوه إلا أن يسرع لأذاه فيمنع من ذلك ويقال له: وكل غيرك بدليل أنه يجوز لليهودي مخاصمة المسلم في حقه وهو أشد عداوة انتهى.

تنبيه: انظر هل المنع من توكيل العدو على عدوه لأجل حقه، فإذا رضي العدو بذلك جاز له، وبه صرح مصنف الإرشاد في شرح المعتمد كما نقله الشيخ سليمان البحيري في شرح

يكون الثمن عيناً، أو لا فرق من أجل السلم الحال؟ راجع السلم المذكور وفيه من أطلقت يده على بيع عبد فباعه من نفسه وأعتقه فللآمر رد عتقه إلا في القراض إن كان في المال فضل فقد عتق العبد للشركة الذي له فيه **(وبيعه لنفسه ومحجوره بخلاف زوجته ورقيقه إن لم يحاب)** قال ابن القاسم فيمن وكل رجلاً ليسلم له في طعام فأسلم ذلك إلى نفسه أو إلى ابنه الصغير أو من يليه من يتيم أو صغير سفيه: لم يجز، وإن أسلمه إلى زوجته أو ابنه الكبير أو عبده المأذون له في التجارة أو مكاتبه أو إلى شريك غير مفاوض جاز ما لم يكن فيه محاباة. وقال سحنون: إن أسلمه إلى ابنه الذي في حجره أو إلى يتيمه جاز لأن العهدة في أموالهم اهـ. نقل اللخمي. وانظر لم يمنع أن يسلم لنفسه هل لعدم دخول المخاطب تحت الخطاب أو لأنه مظنة تهمة **(واشتراؤه من يعتق عليه إن علم)** من المدونة قال مالك: إن أمرته بشراء عبد فابتاع من يعتق عليك، فإن كان عالماً لم يلزمك. قال يحيى بن عمر: يعني ويلزم المأمور ويسترقه ويباع عليه في الثمن. قال بعض القرويين: وهذا هو الجاري على قول ابن القاسم وقال البرني: يعتق العبد على المأمور ويضمن للآمر الثمن. ابن يونس: يظهر لي أن هذا هو الجاري على قول ابن القاسم خلاف ما قاله يحيى وبعض القرويين. قال ابن محرز: هذه المسألة تدل على عدم لزوم شراء المرء من يعتق عليه وعلى أن ما تلف على يدي وكيل أو وصي دون عمد من ربه لا من المأمور، وفي هذا خلاف كخطأ القاضي في مال عن اجتهاد هل يضمنه أو لا اهـ. انظر المفتي نص ابن رشد فيمن أفتى بعدم إرث من يستحق الإرث فدفع ذلك الإرث للفقراء أن المفتي لا ضمان عليه إذ لم يكن منه أكثر من الغرور بالقول لأن الذي تسور على الإرث فتصدق به يغرمه الوارث **(ولم يعينه موكله)** هذه عبارة ابن الحاجب **(وعتق عليه)** تقدم هذا للبرني. ابن يونس: خلافاً ليحيى وبعض القرويين **(وإلا فعلى آمره)** من المدونة: إن ابتاع من يعتق عليك غير عالم لزمك وعتق عليك.

وَتَوْكِيلُهُ إِلاَّ أَنْ لاَ يَلِيقَ بِهِ أَوْ يَكْثُرَ،

الإرشاد والمنع من ذلك لحق الله تعالى، فلا يجوز ولو رضى به العدو لأن من أذن لشخص في أذاه فلا يجوز ونص كلام الشيخ سليمان في شرح الإرشاد: قال مصنفه في شرح المعتمد: إذا أراد الرجل أن يوكل وكيلاً في مخاصمة جاز ذلك، كان خصمه غائباً أو حاضراً، رضي أو لم يرض. وهذا إذا لم يكن بين الخصم والوكيل عداوة، فإن كان بينهما عداوة لم يجز توكيله عنه إلا برضاه انتهى. فصريح كلامه أن المنع من توكيل العدو على عدوّه إنما هو لأجل حقه، فإذا رضي العدوّ بذلك جاز، ويحتمل أن يكون المنع من ذلك لحق الله تعالى فلا يجوز ولو رضي به العدوّ ولأن من أذن لشخص في إذاية لا يجوز. ولم أقف على نص في ذلك غير ما لصاحب الإرشاد فتأمله والله أعلم. ص: **(وتوكيله إلا أن يليق به أو يكثر)** ش: يعني أنه يمتنع توكيل الوكيل إلا إذا كان الشيء الموكل فيه لا يليق بالوكيل تعاطيه فيجوز له أن يوكل من يتعاطاه، أن يكون الموكل فيه كثيراً يعلم بقرينة العادة أن الموكل لا يستقل بالتصرف فيه فيجوز له أن يوكل من يعينه. ابن عبد السلام: وهذه القرينة تسوغ له الاستعانة بوكيل ولا تسوغ له أن يجعل وكيلاً أو وكلاء ينظرون فيما كأن ينظر فيه والقرينة الأولى تسوغ ذلك. ثم قال: ويكون للوكيل الأعلى النظر على من تحته اهـ. ونحوه في التوضيح. اعلم أن هذا في الوكيل المخصوص، أما المفوض فله التوكيل. قال ابن الحاجب:

(وتوكيله إلا أن لا يليق به) ابن محرز: لا أحفظ خلافاً في الوكيل على شيء مخصوص أنه لا يجوز له توكيل غيره إلا أن يكون لا يلي مثل ذلك بنفسه. ومن المدونة قال مالك: من وكل رجلاً يسلم له في طعام فوكل الوكيل غيره لم يجز، يريد لا يجوز للآمر أن يرضى بفعله إذ بتعديه صار الثمن ديناً في ذمته ففسخه فيها لا يتعجله، فذلك فسخ الدين في الدين إلا أن يكون أجل السلم قد حل وقبض له ما أسلم فيه فلا بأس أن يأخذه منه لأنه سلم من الدين بالدين ومن بيع الطعام قبل قبضه. وقال سحنون: لا يجوز للآمر أن يرضى بفعل المأمور إلا أن يكون مثله لا يتولى السلم بنفسه، فيجوز أن يرضى بفعل المأمور. ابن يونس: يريد لأنه فعل ما يجوز له فلم يتخلد في ذمته ديناً اهـ. وانظر هذا كله فهو في الوكيل المخصوص. وقول ابن رشد: «وأما الوكيل المفوض إليه في كل شيء» فلا أحفظ في جواز توكيله غيره نصاً. واختلف فيه المتأخرون والأظهر أن له أن يوكل إلا أن يكون لا يلي مثل ذلك بنفسه. ومن سماع يحيى عن ابن وهب قال: ليس للوكيل أن يوكل بما جعل إليه غيره إلا أن يكون فوض إليه. وتكلم ابن رشد على هذا السماع وقال: قول ابن وهب في أن الوصية والوكالة لا يورثان عمن أوصى له أو وكل عليه وإن للوصي أن يوصي بما أوصى إليه في حياته وعند وفاته وأن الوكيل ليس له ذلك في حياته ولا عند وفاته، صحيح لا خلاف في شيء منه إلا في الوصيين المشتركين في النظر فإنه اختلف هل لأحدهما أن يوصي بما كان إليه. انظر رسم الأقضية من سماع عيسى من البضائع **(أو يكثر)** ابن شاس: علم الموكل عجز الوكيل بانفراده عما وكله عليه أو

والوكيل بالتعيين لا يوكل إلا فيما لا يليق به ولا يستقل لكثرته، قال في التوضيح: احترز بالتعيين من المفوض فإن له أن يوكل على المعروف. وحكى في البيان قولاً أنه لا يوكل قال: والأظهر أن له ذلك لأن الموكل أحله محل نفسه فكان كالوصي انتهى. وكلام ابن رشد الذي أشار إليه هو في نوازل عيسى من كتاب الوكالة ونصه: لا اختلاف أحفظه في أن الوكيل على شيء مخصوص لا يجوز له أن يوكل ثم قال: وأما الوكيل المفوض إليه في جميع الأشياء فلا أحفظ في أنه هل له أن يوكل أو لا قولاً منصوصاً لأحد العلماء المتقدمين، وكان الشيوخ المتأخرون يختلفون فيها، والأظهر أن له أن يوكل انتهى. وقال الشيخ أبو الحسن الصغير: قالوا: للوصي أن يوصي بلا خلاف ويوكل الوكيل المخصوص ومقدم القاضي ليس لهما أن يوكلا بلا خلاف والوكيل المفوض. قال ابن رشد: فذكر كلامه المتقدم. وقوله إلا أن لا يليق به قال في التوضيح: ولا شك فيه. زاد ابن عبد السلام عن الشيوخ: إذا علم الموكل بجلالة الوكيل، وأما إن لم يعلم فقطع بعضهم بأنه لا التفات إلى علمه. وقال التونسي: انظر إن لم يعلم بذلك رب المال، فإن كان الوكيل مشهوراً بأنه لا يلي مثل ذلك فالأشبه أن لا يضمن، وإن كان غير مشهور فرضاه بالوكالة يدل على أنه هو المتولي حتى يعلم رب المال أنه لا يتولى، وليس له أن يوكل على ما وكل عليه ولا أن يوصي به بعد مماته بخلاف الوصي إلا أن يجعل ذلك إليه الموكل، فإن فعل وتلف المال ضمنه على مذهب ابن القاسم، وإن علم أنه لا يلي مثل ذلك إذا لم يعلم به الموكل وفي ذلك نظر. وقال أشهب: إذا كان مثله في الكفاية فلا ضمان انتهى. ومشى في البيان في الكلام على المسألة الأولى على ما ذكره المصنف عن التونسي ونصه: لا يجوز له أن يوكل، واختلف إن فعل هل يضمن إلا أن يكون ممن لا يلي مثل ذلك لنفسه. وهذا في غير المشهور أنه ممن لا يلي ذلك لأن رضاه بالوكالة يدل على أنه المتولي حتى يعلم رب المال أنه لا يتولى، وهو محمول على أنه لم يعلم حتى يعلم أنه قد علم. وأما المشهور فلا ينبغي أن يضمن لأن الموكل يحمل على أنه علم ولا يصدق في أنه لم يعلم انتهى. فتحصل من هذا أن الوكيل المفوض يجوز له التوكيل على ما رجحه ابن رشد وغيره، وأما الوكيل غير المفوض فإن كان ممن يلي ما وكل فيه بنفسه فليس له أن توكل في ذلك وإن كان ممن لا يليق به أن يلي ذلك بنفسه، فإن علم الموكل بأنه لا يلي ذلك بنفسه فليس له أن يوكل، وأما إن لم يعلم بذلك، فإن كان مشهوراً قد عرف عند الناس أنه لا يلي ذلك بنفسه فله ذلك ويحمل الوكيل على أنه علم بذلك ولا يصدق في أنه لا يعلم، وأما إن لم يكن مشهوراً بذلك فرضاه بالوكالة يدل على أنه المتولي حين يعلم رب المال أنه لا يتولى وهذا متعدٍ بالوكالة وضامن للمال ورب المال محمول على أنه لم يعلم حتى يعلم أنه قد علم.

فرع: ولو تعدى الوكيل ووكل حيث لا يجوز له، فإن علم وكيله بالتعدي فهو ضامن، وإن لم يعلم فلا ضمان عليه. قاله ابن رشد في نوازله في آخر مسائل البيع. وانظر كلام ابن

فَلاَ يَنْعَزِلُ الثَّانِي بِعَزْلِ الأَوَّلِ

رشد فيما إذا قال الراهن للمرتهن ضع الرهن على يد عدل فوضعه على يد غير عدل فلا ضمان على الغير، وانظر البرزلي في مسائل الوكالة.

تنبيه: حيث يجوز له التوكيل فقال ابن الحاجب وغيره: لا يوكل إلا أميناً والله أعلم.

ص: **(فلا ينعزل الوكيل الثاني بعزل الأول)** ش: يعني فإذا أجزنا له التوكيل في الموضعين فلا ينعزل الثاني بعزل الأول لأنه صار كالوكيل عن الأصل إذ إنا لا نجيز له الوكالة إلا بنص أو بحسب العادة، ونحوه للمازري وابن الحاجب وغيرهما، لكنهم إنما قالوا: فلا ينعزل الثاني بموت الأول. وكان المصنف رحمه الله رأى أنه لا فرق بين عزله وموته، ورآه منصوصاً. ولا يفهم من كلام المصنف أن الوكيل الثاني لا ينعزل إذا عزله الأول، لأن الظاهر أن ذلك له كما سيأتي في كلام ابن فرحون. وقال ابن عبد السلام: ولا يتخرج في هذا الفرع خلاف من وكيل القاضي على النظر لليتيم فإن فيه خلافاً هل هو نائب عن القاضي أو عن والد الميت. وتقديم القاضي إنما هو جبران لما أهمله الميت، وأيضاً فإن القاضي الذي قدم ناظراً على الميت لو مات لم يكن موته عزلاً لذلك الناظر انتهى. وقال ابن عرفة بعد نقله لهذا الكلام. قلت: في هذا الكلام تناف، بيانه أنه نقل أولاً القول بأن ناظر اليتيم نائب عن القاضي لا عن الأب، ولازم هذا انعزال الناظر بموت القاضي ثم قال على وجه الاستدلال بأنه لو مات القاضي لم ينعزل الناظر، وظاهره اتفاقاً وهو خلاف لازم كونه نائباً عن القاضي، والقول بانعزال ناظر اليتيم بموت القاضي ثابت في المذهب حسبما يذكر في الأقضية إن شاء الله، وبعد الإعراض عن هذا التنافي. فالذي يتحصل من كلامه فرقاً مانع من التخريج كما زعم هو أن ناظر القاضي نائب عنه في قول، ووكيل الوكيل نائب عن الموكل لا عن الوكيل. وهذا يرد بمنع انحصار نيابة وكيل الوكيل لأن الوكيل له عزل وكيله واستقلاله بفعل نفسه اتفاقاً، ولو لم يكن نائباً عنه لما صح عزله إياه، ويفرق بأن نيابة القاضي عن الأب إنما هي بأمر عام وهو ولايته الصالحة له ولغيره فهو بالنسبة إليه كدلالة العام على بعض أفراده ونيابة الوكيل عن الموكل إنما هي بتوليته إياه بعينه فهي كدلالة الخاص على نفس مدلوله وهي أقوى من دلالة العام اتفاقاً، ولا يلزم من نقص أثر الأضعف نقص أثر الأقوى اهـ. فاستفيد من كلام ابن عرفة فرع، وهو أن للوكيل عزل وكيله اتفاقاً ونقل ابن فرحون في ألغازه فرعاً آخر ونصه: فإن قلت: رجل غير الحاكم يجوز له أن يعزل وكيل رجل ولم يأذن له الموكل في عزله ولا علق عزله على شيء. قلت: إذا وكل الرجل وكيلاً وجعل له أن يوكل فوكل الوكيل رجلاً، فللموكل الأول عزل وكيل وكيله اهـ. وهذا الفرع وفرع ابن عرفة فرعان عزيزان.

عدم مباشرته ذلك عادة نجيز له توكيل غيره ولا يوكل إلا أميناً **(فلا ينعزل الثاني بعزل الأول)** ابن عرفة: إذا وكل الوكيل بإذن الموكل ثم مات الوكيل الأول فقال المازري: الأظهر أن الثاني لا ينعزل

وَفِي رِضَاهُ إِنْ تَعَدَّى بِهِ تَأْوِيلاَنِ، وَرِضَاهُ بِمُخَالَفَتِهِ فِي سَلَمٍ إِنْ دَفَعَ الثَّمَنَ بِمُسَمَّاهُ

فرع: قال ابن سلمون: ولا ينعزل الوكيل الثاني بموت الذي وكله وينعزلان معاً بموت الموكل انتهى.

فرع: قال ابن رشد في نوازله: ما قبض وكيل الوكيل من مال موكل موكله فيلزمه أن يدفعه إلى من أراد قبضه منه من موكله ومن صاحب المال إذا ثبت أن المال له ببينة أو بإقرار من الوكيل، وليس له أن يمتنع من ذلك لأنه يبرأ بالدفع إلى من دفع إليه منهما. يبين هذه مسألة كتاب السلم الثاني من المدونة وهي: من وكل رجلاً على أن يسلم له في طعام ففعل ثم أتى الآمر وأراد قبض السلم انتهى. ومسألة المدونة المذكورة سيقول المصنف فيها ولك قبض سلمه لك إن ثبت ببينة فتأمله والله أعلم. ص: **(وفي رضاه إن تعدى به تأويلان)** ش: أي وفي جواز رضا الموكل يريد بفعل الوكيل الثاني إن كان الوكيل الأول متعدياً بتوكيله تأويلان. قال في التوضيح: قال في السلم الثاني من المدونة: ومن وكل رجلاً يسلم له في طعام فوكل الوكيل غيره لم يجز، ثم قال: واختلف في معنى قوله في الكتاب «لم يجز» فحمله بعضهم على أن للآمر فسخه وإجازته، وحمله ابن يونس على أن المعنى لم يجز رضاً الآمر بما يعمل وكيل وكيله إذ بتعديه صار الثمن عليه ديناً للآمر فلا يفسخه في سلم الوكيل الثاني إلا أن يكون قد حل وقبضه لسلامته من الدين بالدين انتهى. فيقيد ذلك بالسلم كما قيده ابن غازي ص: **(كرضاه بمخالفته في سلم إن دفع الثمن بمسماه)** ش: الباء في «بمسماه» بمعنى «في» أي ومنع رضاه في السلم بمخالفته في الثمن الذي سماه، فالمخالفة هنا في المسمى، وفي المسألة الأولى في النوع أو الجنس، وقد جمعهما في المدونة فقال في السلم الثاني: وإن دفعت إليه

بموت الأول بخلاف انعزال الوكيل الأول بموت موكله، ولابن القاسم ما يشير إلى هذا. **(وفي رضاه إن تعدى به تأويلان)** انظر أنت ما معنى هذا. وقد تقدم نص المدونة: من وكل على سلم فوكل الوكيل غيره لا يجوز لك الرضا بفعله لأنه فسخ دين في دين إلا إن علمت بذلك بعد القبض. وانظر حكم الوكيل على شيء مخصوص إذا وكل غيره، هل يضمن أم لا. وقد نقل ابن عرفة في ذلك تردّداً كثيراً فانظره فيه. وانظر قبل قوله «أو يكثر» ومن المدونة: الوكيل على السلم لا يوكل غيره فإن وكل ضمن ولا يجوز للآمر أن يرضى فعله. قال سحنون: إلا أن يكون المأمور ممن لا يتولى ذلك بنفسه وقد تقدم هذا **(كرضاه بمخالفته في سلم إن دفع الثمن)** مضمن كلامه ومنع ذمي في بيع والرضا بمخالفته في سلم إن دفع له الثمن كرضاه بمخالفته وهذا لا شك تكرار، وقد تقدم النص عند قوله «والرضا بمخالفته» وبقي النص على مفهوم شرطه. وعبارة ابن يونس: ولو لم تدفع إليه ثمناً وأمرته أن يسلم لك من عنده في قمح أو جارية أو ثوب فأسلم في غير ما أمرته به فلك أن تتركه، ولا يلزمك من الثمن شيء أو ترضى به وتدفع الثمن لأنه لم يجب لك عليه دين ففسخته وكأنه ولاك، ولا يجوز ها هنا أن يؤخرك بالثمن إذ كأنه بيع مؤتنف لدين فتأخر الثمن فيه دين بدين **(وبمسماه)**

أَوْ بِدَيْنٍ إِنْ فَاتَ،

دراهم ليسلمها لك في ثوب هروي فأسلمها في بساط شعر، أو ليشتري لك بها ثوباً فأسلمها لك في طعام، أو في غير ما أمرته بما أو زاد في الثمن ما لا يزاد على مثله، فليس لك أن تجيز فعله وتطالب بما أسلم فيه من عرض أو طعام أو ترفع إليه ما زاد، لأن الدراهم لما تعدى عليها المأمور وجبت عليه ديناً ففسختها فيما لا تتعجله وذلك دين بدين. ويدخل في أخذك للطعام الذي أسلم فيه أيضاً مع ما ذكرنا بيعه قبل قبضه لا شك فيه لأن الطعام قد وجب للمأمور بالتعدي فليس له بيعه حتى يقبضه، وسلم المأمور لازم له ولا له ولا لك فسخه ولا شيء لك أنت على البائع وإنما لك على المأمور ما دفعت إليه من الثمن. ولو لم تدفع إليه الثمن وأمرته أن يسلم لك من عنده في قمح أو في جارية أو في ثوب ولم تصفها له، فإن أسلم في غير ما أمرته به من طعام أو فيما لا يشترى لمثلك من جارية أو ثوب فلك أن تتركه ولا يلزمك الثمن أو ترضى به ويدفع إليك الثمن لأنك لم يجب لك عليه دين ففسخته وكأنه ولاك، ولا يجوز هاهنا أن يؤخرك بالثمن وإن تراضيتما بذلك لأنه لم يلزمك ما أسلم فيه إلا برضاك فكأنه بيع مؤتنف لدين له وتولية، فتأخير الثمن فيه دين بدين انتهى. وتفريق المصنف لذلك مشوش، فلو جمعهما كما في المدونة واستغنى بقوله أولاً «والرضا بمخالفته في سلم إلى آخره» لكان أحسن لأن المخالفة تشمل جميع ذلك والله أعلم. ص: **(أو بدين إن فات)** ش: هو معطوف على قوله: «بمخالفته»، ويصح أن يعطف على قوله «بمسماه». والمعنى أن من وكل رجلاً على بيع سلعة بالنقد أو لم يسم له نقداً ولا مؤجلاً فباعها بدين، فإن الوكيل متعدٍ في بيعه بالدين، وسواء سمى له الموكل قدر رأس الثمن أم لا. ثم لا يخلوا الحال من أمرين: إما أن يطلع على ذلك بعد فوات السلعة أو قبل فواتها، فإن فاتت السلعة فإنه لا يجوز للموكل أن يرضى بالثمن المؤجل لأنه قد وجب له على الوكيل التسمية إن كان سمى له ثمناً، أو القيمة إن كان لم يسم، فرضاه بعد ذلك بالدين المؤجل فسخ دين في دين. وإن كانت القيمة أو التسمية أقل من الثمن المؤجل وهو الغالب لزم منه بيع قليل بأكثر منه إلى أجل وهو عين الربا. وقيل: يجوز له الرضا بالمؤجل. وقيل: للموكل أن يلزم الوكيل القيمة إن لم يسم أو التسمية إن سمى ويبقى الثمن المؤجل لأجله، والمشهور المنع من ذلك. ومفهوم الشرط قوله «إن فات» أنه إذا لم تفت السلعة لم يمتنع رضاه بالثمن المؤجل وهو كذلك، لأن رضاه حينئذ كإنشاء عقدة، وقد تقدم

انظر أنت ما معنى هذا. وهل هو متعلق بمخالفته ويكون يعني بذلك ما تقدّم في المدونة عند قوله: «والرضا بمخالفته» إن دفعت إليه دراهم ليسلمها في ثوب فزاد في الثمن ما لا يزاد على مثله فليس لك أن تجيز فعله **(أو بدين إن فات)** من المدونة قال ابن القاسم: من وكلته على بيع سلعة لم يجز له أن يبيعها بدين. ابن المواز: وإذا لم يسم له ثمناً فباعها بثمن مؤجل فرضي به الآمر، فإن كانت السلعة

وَبِيعَ، فَإِنْ وَفَى بِالتَّسْمِيَةِ، أَوْ الْقِيمَةِ؛ وَإِلاَّ غَرِمَ، وَإِنْ سَأَلَ غُرْمَ التَّسْمِيَةِ، أَوْ الْقِيمَةِ، وَيَصْبِرَ لِيَقْبِضَهَا، وَيَدْفَعَ الْبَاقِي: جَازَ، إِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ مِثْلَهَا فَأَقَلَّ،

أنه إذا خالف الوكيل في البيع فإنه يخير الموكل في رد البيع وفي إجازته فكذلك هنا يخير الموكل في إجازة البيع بالثمن المؤجل وفي رد المبيع وأخذ سلعته، وسواء سمى له الثمن الوكيل أم لا، ونص على ذلك في التوضيح، ووجهه أنه جعل الوكيل لما باع بالدين متعدياً، فإذا كانت السلعة قائمة فالموكل مخير كما تقدم فجاز له الرضا لأن ذلك كإنشاء عقدة. ص: **(وبيع فإن وفى بالقيمة أو التسمية وإلا غرم)** ش: لما ذكر أنه يمتنع رضا الموكل بالثمن المؤجل، نبه على أنه لا يجوز له أن يلزم الوكيل القيمة أو التسمية لأنه يؤدي إلى دفع قليل في كثير، وإن الحكم في ذلك أن يباع الدين المؤجل فإذا بيع، فإن وفى بقيمة السلعة إن كان الموكل لم يسم له ثمناً أو بالتسمية إن كان سمى لها ثمناً فلا كلام. وقوله: «وإلا غرم» أي وإن لم يوف ما بيع به الدين بالقيمة في الصورة الأولى أو بالتسمية في الصورة الثانية، فإن الوكيل يغرم للموكل ما نقص، فإن بيع بأكثر أخذ الموكل الجميع إذ لا ربح للمتعدي. ص: **(وإن سأل غرم التسمية ويصبر ليقبضها أو يدفع الباقي جاز إن كانت قيمته مثلها فأقل)** ش: يعني فلو قال الوكيل أنا أغرم جميع التسمية يريد إذا كان الموكل سمى لها ثمناً، ومثله إذا قال أغرم جميع القيمة فيما إذا لم يسم وأصبر في الصورتين حتى يحل الدين المؤجل فآخذ منه التسمية، أو القيمة التي دفعتها وما زاد على ما دفعته أعطه للموكل فإن ذلك جائز بشرط أن تكون قيمة الدين إذا بيع الآن مثل التسمية فأقل إذا لم يسم، لأن الواجب للموكل إذا بيع بالدين ما بيع به إن وفى بالقيمة أو التسمية أو تكملة ذلك إذا لم يوف، فإذا طاع الوكيل بدفع ذلك الآن من عنده ثم بدفع ما كان من الدين زيادة فقد أحسن. ومفهوم الشرط في قوله «إن كانت قيمته مثلها فأقل»

قائمة بيد المشتري لم تفت فرضاه جائز، وإن فاتت لم يجز. **(وبيع فإن وفى بالقيمة أو التسمية وإلا غرم)** من المدونة قال مالك: إن أمرته ببيع سلعة فأسلمها في عرض مؤجل أو باعها بدنانير مؤجلة لم يجز بيعه، فإن أدرك البيع فسخ، وإن لم يدرك بيع العرض بعين نقداً أو بيعت بالدنانير بعرض نقداً ثم بيع العرض بعين نقداً، فإن كان ذلك مثل القيمة أو التسيمة فأكثر إن سميت كان ذلك لك، وما نقص من ذلك ضمنه المأمور. اللخمي: إنما راعى التسمية لأن من اشترى شيئاً بوجه شبهة فهلك في يده لم يضمنه إلا بمثله لا بقيمته **(وإن سأل الوكيل غرم التسمية ويصبر ليقبضها ويدفع الباقي جاز إن كان قيمة مثلها فأقل)** روى عيسى عن ابن القاسم: لو أمره أن يبيعها بعشرة نقداً فباعها بخمسة عشر إلى أجل بيع الدين بعرض ثم بيع العرض بعين، فإن نقص عن عشرة غرم المأمور تمامها، وإن كان أكثر فهو للآمر. ولو قال المأمور للآمر أنا أعطيك عشرة نقداً وانتظر بالخمسة عشر حلولها فأقبض منها عشرة وأدفع لك الخمسة الباقية فرضي الآمر، فإن كانت الخمسة عشر لو بيعت بيعت

وَإِنْ أَمَرَهُ بِبَيْعِ سِلْعَةٍ فَأَسْلَمَهَا فِي طَعَام: أُغْرِمَ التَّسْمِيَةَ أَوِ الْقِيمَةِ، وَٱسْتُؤْنِيَ بِالطَّعَامِ لأَجَلِهِ فَبِيعَ وَغَرِمَ النَّقْصَ، وَالزِّيَادَةُ لَكَ،

أنها إن كانت قيمة الدين الآن أكثر من التسمية إن كان سمى، أو القيمة إن كان لم يسم لم يجز ذلك وهو كذلك، لأن الموكل كان له أن يقبض قيمة الدين التي هي أكثر من التسمية أو القيمة فكأنه فسخ الزائد في بقية الدين المؤجل كما لو كانت قيمة الدين المؤجل اثني عشر والتسمية أو قيمة السلعة عشرة والدين الذي بيعت به خمسة عشر، وسأل الوكيل أن يدفع العشرة التي هي التسمية أو القيمة ويصبر حتى يحل الدين المؤجل الذي هو خمسة عشر، فيأخذ منه العشرة التي دفعها ويدفع الباقي للموكل، فإن ذلك لا يجوز لأن الموكل كان له أن يأخذ الآن قيمة الدين التي هي اثنا عشر، فكأنه أخذ الدينارين ليأخذ عنهما خمسة وقيمة الدين تكون أقل منه غالباً. وإن كانت قيمة الدين أقل من التسمية أو القيمة وسأل الوكيل غرم أحدهما ويصبر إلى آخر ما تقدم فاختلف في ذلك، فأجازه ابن القاسم، ومنعه أشهب، ومشى المصنف على قول ابن القاسم فقال: إن كانت قيمته أي الدين مثلها أي مثل التسمية فأقل. وقوله «ويصبر ليقبضها» منصوب بـ«أن» مضمرة بعد الواو والعاطفة على اسم خالص من التقدير بالفعل «ويقبضها» بكسر الباء في المضارع وتفتح في الماضي. والضمير في قوله «ليقبضها» راجع للتسمية التي عرفها والله أعلم. ص: **(وإن أمر ببيع سلعة وأسلمها في طعام أغرم التسمية أو القيمة واستؤني في الطعام لأجله وغرم النقص والزيادة لك)** ش: يشير إلى قوله في السلم الثاني من المدونة: وإن أمرته أن يبيع سلعة فأسلمها في طعام أغرمته الآن التسمية أو القيمة إن لم تسم ثم استؤني بالطعام، فإذا حل أجله استوفي ثم بيع فكانت الزيادة لك والنقص عليه. قال أبو الحسن: لأن هذا لا يجوز بيعه قبل قبضه بخلاف ما تقدم. وانظر من يتولى البيع؟ ابن يونس: قال بعض أصحابنا: إنما يكون على المأمور أن يبيع من الطعام مقدار القيمة أو التسمية التي لزمته والزائد ليس عليه بيعه إلا أن يشاء، لأن بقية الطعام للآمر انتهى. فيفهم مما حكاه ابن يونس أن الذي يتولى البيع هو الوكيل والذي تقدم هو قوله في المدونة قبل الكلام المذكور: وإن أمرته ببيع سلعة فأسلمها في عرض مؤجل أو باعها بدنانير مؤجلة، فإن أدرك البيع فسخ، وإن لم يدرك بيع العرض بعين نقداً أو بيعت الدنانير بعرض نقداً ثم بيع العرض بعين

بعشرة فأقل جاز ذلك إن عجل العشرة، وإن كانت تباع باثني عشر لم يجز لأنه فسخ دينارين في خمسة إلى أجل. ابن رشد: وأما إن أراد الآخر أن تباع له من الخمسة عشر بعشرة فأكثر ويترك البقية إلى أجلها لكان ذلك نه. **(وإن أمر ببيع سلعة فأسلمها في طعام أغرم التسمية والقيمة واستؤني بالطعام لأجله فبيع وغرم النقص والزيادة لك)** من المدونة قال مالك: إن أمرته ببيع سلعة فأسلمها في طعام أغرمته الآن التسمية، أو القيمة إن لم تسم، ثم استؤني بالطعام. فإذا حل أجله استؤني ثم بيع

وَضَمِنَ، إِنْ أَقْبَضَ الدَّيْنَ وَلَمْ يُشْهِدْ

نقداً، فإن كان ذلك مثل القيمة أو التسمية فأكثر كان ذلك لك، وما نقص من ذلك ضمنه المأمور ولو أسلمها في طعام إلى أخر كلامه المتقدم. هذا لفظ المدونة والله أعلم ص: **(وضمن إن أقبض الدين ولم يشهد)** ش: يقع في بعض النسخ بحذف مفعول «أقبض» فيعم الدين والمبيع كما قاله ابن غازي. وظاهر كلام المصنف سواء كانت العادة جارية بترك الإشهاد أو لم تكن وهو المشهور. وقيل: إذا كانت العادة جارية بذلك لم يضمن وهذه إحدى الطريقتين في المذهب وهي طريقة الرجراجي. قال في كتاب الوكالات: فإن جحده الثمن جملة هل يصدق أم لا؟ فالمذهب على قولين: أحدهما أنه لا يصدق ويضمن لتفريطه في ترك الإشهاد وهو قول ابن القاسم في الكتاب وهو مشهور المذهب، والثاني أنه لا يصدق ولا ضمان عليه وهو قول عبد الملك في الوكيل في المبعوث معه المال ليدفعه إلى رجل فأنكر المبعوث إليه أن يكون دفع إليه فقال عبد الملك: لا ضمان عليهما لأن العادة اليوم ترك الإشهاد على مثل هذا، وابن القاسم يضمنها في الجميع انتهى. وقال ابن الحاجب: ولو سلم المبيع ولم يشهد فجحد المشتري الثمن ضمن، ولو أقبض الدين فكذلك. وقيل: إلا أن تكون العادة الترك انتهى. قال في التوضيح: قوله «وقيل الخ» قال ابن عبد السلام: هو قول ثانٍ ذكره بعض الشيوخ انتهى. والطريقة الأخرى أنه لا يختلف في سقوط الضمان إذا كانت العادة جارية بترك الإشهاد، وإنما الخلاف إذا كانت العادة جارية بالأمرين أو لم تكن عادة، وهذه الطريقة تشبه أن تكون طريقة اللخمي والشيخ أبي الحسن. قال في التوضيح إثر كلامه المتقدم: وأشار بعضهم إلى أنه لا يختلف في سقوط الضمان إن كانت العادة ترك الإشهاد، وإنما يختلف إذا كانت العادة بالأمرين معاً الإشهاد وعدمه أو لم تكن عادة انتهى.

تنبيه: قال في المدونة: إن الوكيل ضامن ولو صدقه الموكل على الدفع ما لم يكن ذلك بحضرته، ففي كتاب القراض منها: وإذا دفع العامل ثمن سلعة بغير بينة فجحده البائع وحبس السلعة فالعامل ضامن، وكذلك الوكيل على شراء سلعة بعينها أو بغير عينها يدفع الثمن فجحده البائع فهو ضامن ولرب المال، أن يغرمها. وإن علم رب المال بقبض البائع الثمن بإقراره عنده ثم جحده أو بغير ذلك ويطيب له ما يقضى له به من ذلك إلا أن يدفع الوكيل الثمن بحضرة رب المال فلا يضمن انتهى. وقاله ابن الحاجب في كتاب الوديعة على ما في نسخ التوضيح، ونقله هنا في التوضيح وتقدم في الحمالة عن البيان نحوه ص: (أو

فكانت الزيادة لك والنقصان عليه **(وضمن إن أقبض الدين ولم يشهد جحده رب الدين)** التلقين: إذا وكله بأن يقضي عنه ديناً أو يودع له مالاً لم يكن له أن يدفع ذلك إلا ببينة، فإن دفعه بغير بينة ضمن. ومن المدونة قال ابن القاسم: إن باع الوكيل ولم يشهد على المبتاع فجحده فإنه ضامن كقول مالك في الرسول يقول دفعت البضاعة وينكر المبعوث إليه أن الرسول ضامن إلا أن تقوم له بينة أنه

أَوْ بَاعَ بِكَطَعَامٍ. نَقْداً مَا لاَ يُبَاعُ بِهِ وَادَّعَى الإِذْنَ، فَنُوزِعَ، أَوْ أَنْكَرَ القَبْضَ، فَقَامَتِ الْبَيِّنَةُ، فَشَهِدَتْ

باع بكطعام نقداً ما لا يباع به وادعى الإذن فنوزع) ش: يعني أن الوكيل إذا باع السلعة التي وكل على بيعها بطعام أو عرض أو نحوه وكانت السلعة مما لا تباع بذلك وادعى أن الموكل أذن له في ذلك ونازعه الموكل في ذلك وأنكر الإذن فإنه يضمن، ولم يبين رحمه الله ما الذي يضمنه، وهل ذلك مع قيام السلعة أو مع فواتها؟ والحكم في ذلك أنه إن كانت السلعة قائمة خير الموكل في إجازة البيع وأخذ ما بيعت به أو نقض البيع وأخذ سلعته، وإن فاتت خير في أخذ ما بيعت به أو تضمين الوكيل قيمتها. قال في كتاب الوكالات من المدونة: إن باع المأمور سلعة بطعام أو عرض نقداً وقال بذلك أمرتني وأنكر الآمر، فإن كانت مما لا يباع بذلك ضمن. وقال غيره: إن كانت السلعة قائمة لم يضمن المأمور وخير الآمر في إجازة البيع وأخذ ما بيعت به من عرض أو طعام أو يضمن الوكيل قيمتها ويسلم ذلك إليه. قال أبو الحسن: قوله «ضمن» ظاهره فاتت السلعة أم لا وليس كذلك، وإنما معنى قوله «ضمن» إذا فاتت السلعة، فقول الغير وفاق. قاله في التنبيهات انتهى. فقول المصنف «ضمن» أي ضمن قيمة السلعة يريد مع فواتها، وأما إذا كانت قائمة فهو مخير في إجازة البيع ورده وذلك بعد يمينه كما سيأتي، ويؤخذ ذلك من كلام عياض الآتي هنا. وقول المصنف «نقداً» احترز به مما إذا باع بذلك إلى أجل فإنه لا يجوز الرضا به ولا أخذ القيمة كما تقدم. ثم قال في التنبيهات: وانظر إذا كان المأمور لم يعلم المشتري أنها لغيره واحتاج إلى إثبات ذلك والخصام فيه، هل هو فوت؟ والأشبه إنه فوت، وكذلك لو ثبت ولزمته اليمين، وإنما الذي لا إشكال فيه إذا أعلم المأمور المشتري بتعديه انتهى. وهذا والله أعلم هو الذي أشار إليه بقوله، «وادعى الإذن فنوزع» فأراد أن ينبه على أن منازعته في الإذن ومخاصمته في ذلك وتوجيه اليمين عليه بسبب ذلك فوت يوجب الضمان، ولهذا لم يذكر هل السلعة قائمة أو فاتت، ولو لم يرد التنبيه على هذا لما كان لذكره هذه المسألة فائدة فإنها مستفادة مما تقدم.

فرع: قال في المسائل الملقوطة: للموكل رد البيع بالغبن الفاحش ويضمن الوكيل القيمة إن تلف المبيع. انتهى من الجزيري انتهى. وفي الذخيرة فرع قال علي البصري في تعليقه: إذا باع الوكيل بما لا يتغابن به الناس رد. وقاله الشافعي لعزله عن ذلك عادة. وقال أبو حنيفة: يصح لأن اسم البيع يتناوله لأنه أعم وجوابه عمومه مقيد بالعادة، وكذلك منع مالك والشافعي بيعه بالدين، وجوزه أبو حنيفة من الإطلاق وجوابه ما تقدم انتهى. ص: **(وإن أنكر القبض فقامت البينة فشهدت بالتلف كالمديان)** ش: يعني أن الوكيل إذا أنكر أن يكون قبض

دفعها إليه. انظر بعد هذا عند قوله: «ولو قال غير المفوض» **(أو باع كطعام نقداً ما لا يباع به وادعى الإذن فنوزع)** من المدونة قال مالك: إذا باع المأمور السلعة بطعام أو عرض نقداً وقال بذلك أمرتني وأنكر الآمر، فإن كانت مما لا تباع بذلك ضمن **(أو أنكر القبض فقامت البينة فشهدت بينة بالتلف**

بَيِّنَة بالتَّلَفِ: كَالْمِدْيَانِ،

ما وكل عليه أو قبض ثمن ما وكل على بيعه فلما قامت عليه البينة قال تلف أو رددته، فإنه لا يقبل قوله، ولو أقام بينة بذلك لم تسمع البينة كالمديان ينكر الدين فلما قامت عليه البينة ادعى قضاء الدين فإنه لا تسمع بينته. قال البرزلي: ومثل ذلك من ادعى عليه بحق فأنكره ثم أقر به وادعى القضاء هو بمثابة من أنكر حقاً فقامت عليه بينة فادعى القضاء الخلاف في المسألتين سواء انتهى. وما ذكره المصنف هو المشهور. وقيل في هذا الأصل: إن البينة تقبل وقد ذكر في التوضيح هنا أعني في باب الوكالة مسائل وجزم فيها بأنها لا تسمع بينته. ثم ذكر في كتاب الوديعة هذا الأصل وذكر فيه خلافاً وذكر ابن زرقون أنه قال: إن المشهور أن بينته تنفعه ولكن المصنف لم يعتمد تشهيره. وقال في التوضيح في باب الوديعة وفي باب القراض بعد أن ذكر الخلاف فيمن أنكر ما لا يتعلق بالذمة من قراض أو وديعة: أما إن أنكر شيئاً يتعلق بالذمة أو أنكر الدعوى في الربع أو فيما يفضي إلى الحدود ثم رجع عن إنكاره لأمر ادعاه أو أقام عليه البينة، ففيها أربعة أقوال: الأول لابن نافع يقبل منه في جميع الأشياء. الثاني لغير ابن القاسم في كتاب اللعان من المدونة لا يقبل منه ما أتى به في جميع الأشياء. الثالث لابن المواز يقبل منه في الحدود وغيرها. الرابع يقبل منه في الحدود والأموال ولا يقبل منه ذلك في الحقوق من الديون وشبهها من المتمولات، وهو قول ابن القاسم في المدونة. انتهى من كتاب الوديعة. ونحوه في كتاب القراض ونصه: أما إن أنكر ما لا يتعلق بالذمة وما أشبه ذلك من ربع أو ما يفضي إلى حد ثم رجع عن إنكاره لأمر ادعاه وأقام عليه بينة فاختلف فيه على أربعة أقوال: قال ابن نافع: ينفعه في كل شيء. والثاني مقابله قاله غير ابن القاسم في الحدود التي تدرأ بالشبهات فأحرى غيرها. الثالث لابن القاسم ولابن كنانة لا ينتفع بذلك إلا في الربع والحدود. الرابع لابن المواز لا ينتفع بذلك إلا في الحدود اهـ. وما ذكره عن ابن كنانة نقله عنه في النوادر من المجموعة ونصه: ومن المجموعة قال ابن كنانة فيمن ادعى عليه رجل مالاً فجحده ثم أتى ببينة أنه رده إليه قال: لا تنفعه البراءة إلا أن يأتي بوجه له فيه عذر. قال: ومن ادعى على رجل أرضاً في يديه قد حازها عشر سنين فأنكر الذي هي في يديه أن يعرف أنها له فأثبت المدعي ببينة أنها له فجاء هذا ببينة أنه ابتاعها منه أو من أبيه قال: ذلك يقبل منه لأنه يقول رجوت أن حيازتي تكفيني وليس هذا كالدين انتهى. وقد ذكر ابن رشد الأقوال الأربعة في رسم أسلم من سماع عيسى من كتاب القراض، وفي رسم طلق بن حبيب من سماع ابن القاسم من كتاب البضائع والوكالات، وفي رسم إن خرجت من كتاب الشركة، وفي رسم أسلم من سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح. ونص كلامه في كتاب الدعوى، والصلح: قيل: إن البينة

كالمديان) انظر هذا مع قوله في الوديعة: «ويجحدها ثم في قبول بينة الرد خلاف. قال ابن عرفة: لو جحد وكيل قبض ثمن فأكذبته البينة فقال تلف أو رددته بموجب لم تقبل بينته بذلك، وكذلك من

....

تقبل منه بعد الإنكار. وقيل: إنما تقبل منه في الأصول ولا تقبل منه في الحقوق وهو قول ابن كنانة وابن القاسم في المدونة قالا: ولو أن رجلاً ادعى أرضاً في يد رجل فقال مالك عندي أرض وما علمت لك أرضاً قط فأقام البينة أنها أرضه وأثبتها ثم أقر الذي هي في يديه فقال نعم هي والله أرضك ولكن قد اشتريتها منك وأقام بشرائه بينة: فإن اشتراءه لذلك يقبل منه وتكون له الأرض ولا يضره إنكاره، أو لأنه يقول كان والله حوزي ينفعني أصنع بالأرض ما شئت فأبيت أن أقر أنها له فيكون على العمل فكرهت أن أعنت في ذلك فإذا قد احتجت إلى شرائي بعد أن أثبتها فهذا شرائي قالا: فذلك له وليس مثل الذي ادعى عليه الحق فجحده. وأدخل ذلك ابن أبي زيد في النوادر ومن المجموعة قال: وسواء أقام بينة بشراء من المدعي أو من أبيه لأنه يقول رجوت أن حيازتي تكفيني وليس ذلك سئل الدين. وقيل: إن ذلك لا يقبل منه إلا في اللعان إن ادعى رؤية بعد إنكاره القذف وأراد أن يلاعن، وكذلك ما أشبه اللعان من الحدود وهو قول محمد بن المواز. وقيل: إن ذلك لا يقبل منه في اللعان وهو قول غير ابن القاسم في المدونة أنه يحد ولا يلاعن. فتحصل في المسألة أربعة أقوال: أحدها أن ذلك لا يقبل منه ما أتى به بعد الجحود في شيء من الأشياء وهو قول غير ابن القاسم، هذا في اللعان لأنه إذا لم يقبل منه ذلك في اللعان فأحرى أن لا يقبله فيما سواه من الديون والأصول. والثاني أن يقبل منه ما أتى به بعد الجحود في جميع الأشياء. والثالث ما ذهب إليه ابن المواز من الفرق بين الحدود وما سواها من الأشياء. والرابع أنه يقبل منه ما أتى به في الأصول أو الحدود ولا يقبل منه ذلك في الحقوق من الديون وشبهها، وهو الذي يأتي على ما في المدونة لابن كنانة وابن القاسم لأنه إذا قبل منه ما أتى به بعد الجحود في الأموال فأحرى أن يقبل منه ذلك في الحدود انتهى. وحكى ابن عرفة كلام ابن رشد في كتاب الوديعة. وأما في باب الوكالة فاقتصر على أنه لا تقبل بينته وقال: تمامها في الوديعة. وذكر في باب القراض كلام ابن رشد وقال في باب الوديعة: الشيخ قال ابن حبيب عن القاسم وأشهب والأخوين: من أودع وديعة ببينة ثم جحدها ثم أقام بردها بينة أنه ضامن لأنه أكذب بينته بجحدها. يريد إن قال ما أودعتني شيئاً، ولو قال مالك عندي من هذه الوديعة شيء نفعته بينته انتهى. ثم قال ابن عرفة في آخر كلامه عن اللخمي: وإن قال أودعتني مائة درهم ثم قال لم أقبضها لم يصدق، ولو قال اشتريت منك ثوباً ثم قال لم أقبضه قبل قوله مع يمينه لأن «أودعتني» يدل على القبض والشراء يقع على العقد انتهى.

تنبيه: ما ذكره ابن عرفة عن الشيخ ابن أبي زيد من التفرقة بين قوله «ما أودعتني شيئاً فلا تسمع بينته» وبين قوله ما لك «عندي من هذه الوديعة شيء فتسمع بينته» ظاهر وهو جارٍ في جميع مسائل هذا الباب، فقد قال ابن فرحون في الباب السادس والخمسين من القسم الثاني من تبصرته: من ادعى على رجل ديناً من سلف أو قراض أو وديعة أو بضاعة أو رسالة

....

أو رهن أو عارية أو هبة أو صدقة أو حق من الحقوق فجحد أن يكون عليه شيء من ذلك، فلما خاف أن تقوم عليه البينة أقر وادعى فيه وجهاً من الوجوه يريد إسقاط ذلك عن نفسه، لم ينفعه ذلك وإن قامت له البينة على ما زعم أخيراً لأن جحوده أولاً أكذب البينة فلا تسمع وإن كانوا عدولاً.

تنبيه: وكذلك الحكم إن لم يقر ولكن قامت بذلك بينة فأقام هو بينة أيضاً على رد السلف أو الوديعة أو القراض أو البضاعة أو الرسالة أو على هلاك ذلك، فلا ينفعه لأنه بإنكاره مكذب لذلك كله. هذا قول الرواة أجمعين: ابن القاسم وأشهب وابن وهب ومطرف وابن الماجشون.

فرع: وأما إن قال مالك علي سلف ولا ثمن سلعة ولا لك عندي وديعة ولا قراض ولا بضاعة، فلما ثبت ذلك قبله بالبينة أقر بذلك وزعم أن الوديعة والسلعة أو غير ذلك مما يدعي عليه أو ادعى هلاكه وأقام على ذلك بينة، فها هنا تنفعه البراءة لأن قوله «ما لك شيء» يريد في وقتي هذا. وأما في الصورة الأولى إذا قال ما أسلفتني ولا أودعتني فليس مثل قوله هنا «مالك علي سلف». قال ابن حبيب: وهذا مما لا أعلم فيه خلافاً عند الرواة إلا أني رأيت في كتاب الأقضية من السماع شيئاً يخالف هذا، وأظن له وجهاً يصحح معناه إن شاء الله. وذلك أنه سئل مالك عن رجل بعث معه رجل بعشرين ديناراً يبلغها إلى الجار. والجار موضع. وكتب إليه كتاباً وأشهد عليه عند دفعه إليه، فحمل الكتاب وبلغه إلى من أرسل إليه، فلما قرأه سأله عن الذهب فجحده إياه، ثم إنه قدم المدينة فسأله الذي أرسل معه الذهب وقال له: إني أشهدت عليك. فقال له: إن كنت دفعت إليّ شيئاً فقد ضاع. فقال مالك: ما أرى عليه إلا يمينه، وأرى هذا من مالك إنما هو في الجاهل الذي لا يعرف أن الإنكار يضره، وأما العالم الذي يعلم أنه يضره ثم يندم عليه بعد ذلك فلا يعذر. من كتاب الرعيني انتهى كلام ابن فرحون. وهذا كله كلام الرعيني في كتاب الدعوى والإنكار غير أن الرعيني زاد بعده: ورأيت لابن مزين لفظة: إنه قبل ببينة على القضاء وإن جحده وقال ما أسلفتني قط شيئاً، والأول أصوب إن شاء الله. وفي مسائل العيوب من البرزلي فيمن قيم عليه بعيب فأنكر البيع فلما ثبت عليه زعم أن المشتري اعتمر وعرض للبيع بعد اطلاعه على العيب فقال هاشم بن محمد: هذا تناقض لأنه كذب بينته. قلت: هذه المسألة تجري على مسألة من طولب بشيء فأنكره وأقيمت عليه البينة فأتى بحجة توجب قبول قوله، وفيها خلاف مشهور في المدونة من مسألة اللعان والتخيير والوديعة وغيرها حكاه ابن رشد وغيره انتهى.

قلت: فيتحصل مما تقدم جميعه أنه إذا أنكر أصل المعاملة ثم أقر أو قامت عليه البينة وادّعى ما يسقط ذلك فلا تسمع دعواه ولا بينته ولو كانت بينة عادلة بخلاف ما إذا قال مالك

وَلَوْ قَالَ غَيْرُ الْمُفَوَّضِ: قَبَضْتُ وَتَلِفَ، بَرِىءَ وَلَمْ يَبْرَأْ الْغَرِيمُ؛ إِلاَّ بِبَيِّنَةٍ،

علي سلف ولا وديعة أو لا قراض أو قال مالك عندي حق ثم أقر بعد ذلك أو قامت عليه البينة فادعى ما يسقط ذلك، فإنه تسمع دعواه أو بينته. وقد صرح بذك في رسم أسلم من سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح، وبذلك صرح المصنف في باب الأقضية فقال: وإن أنكر مطلوب المعاملة فالبينة، ثم لا تقبل بينته بالقضاء بخلاف «لا حق لك عليّ» انتهى. وينبغي أن يقيد ذلك أيضاً بما قاله الرعيني وهو أن يكون المدعى عليه يعرف أن الإنكار يضره، أما إن كان يجهل ذلك ولا يفرق بين قوله: «ما أسلفتني وما أودعتني» وبين قوله: «مالك عندي سلف ولا وديعة» فيعذر بالجهل إلا إذا حقق عليه وقدر عليه، وقيل له أنت تنكر هذا أصلاً، فإذا قامت عليك البينة فلا تسمع بينتك، فإذا استمر على ذلك فحينئذ لا تسمع بينته، وينبغي أن يقيد ذلك بغير الحدود والأموال لأن هذا قول ابن القاسم وابن كنانة كما تقدم في كلام صاحب التوضيح وابن رشد وصاحب النوادر. وأما ما ذكره الرعيني عن ابن مزين فهو قول ابن نافع كما تقدم في كلامه في التوضيح، وما ذكره من مسألة المرسل معه إلى الجار هو في سماع عيسى، وجعله ابن رشد خلافاً وما قاله الرعيني ظاهر فتأمله، وانظر كلام ابن بطال في المقنع في باب ابتداء القضاء بالإقرار والإنكار فقد ذكر من ذلك مسائل والله أعلم. ص: **(ولو قال غير المفوض قبضت وتلف برىء ولم يبرأ الغريم إلا ببينة)** ش: كرر هذه المسألة في المدونة في كتاب الشهادات من المدونة. وفي كتاب المديان، ولا يعارضها ما في كتاب الوكالات ولا ما في كتاب النكاح الأول والله أعلم.

فرع: قال في الذخيرة في باب كتاب الزكاة في الكلام على خروج الساعي يحصل الإبراء بالدفع إلى الوكيل الفاسق وإن لم يوصل الحق لمستحقه انتهى. ومراده إذا دفع إليه ما وكل فيه أو كان وكيلاً مفوضاً والله أعلم.

فرع: قال ابن رشد في رسم البراءة من سماع عيسى من كتاب العارية: اختلف فيمن ادعى وكالة رجل فقبض له ماله وادعى تلفه؛ فقيل يصدق فيما ادعى من الوكالة مع يمينه لأن الغريم الدافع إليه قد صدقه ويسقط عنه الضمان، ويرجع صاحب المال به على الغريم بعد يمينه

أقام بينة ببراءته من دين قامت به بيته بعد إنكاره إياه وتمامها في الوديعة اهـ. ما نقله هنا. انظر بعد هذا عند قوله «ويجحدها ثم في قبول بينة الرد خلاف». **(ولو قال غير المفوض قبضت وتلف برىء ولم يبرأ الغريم إلا ببينة)** ابن الحاجب: ويملك الوكيل المطالبة بالثمن، فلو قال قبضت الثمن وتلف برىء ولم يبرأ الغريم إلا ببينة إلا في الوكيل المفوض إليه. ابن عرفة: هذا نص النوادر عن رواية مطرف. قال ابن عرفة: والوصي كالمفوض إليه. وقاله ابن القاسم وابن الماجشون وفي المدونة مثله ونصها: قال مالك: من وكل رجلاً يقبض ديناً له على رجل فقال قبضته وضاع مني، أو قال برىء إليّ من المال، أو قال الرجل دفعته إليه، لم يبرأ الدافع إلا أن يقيم بينة أنه دفعه إليه أو يأتي الوكيل بالمال إلا أن يكون

وَلَزِمَ الْمُوَكِّلَ: غُرْمُ الثَّمَنِ إِلَى أَنْ يَصِلَ لِرَبِّهِ، إِنْ لَمْ يَدْفَعْهُ لَهُ وَصُدِّقَ فِي الرَّدِّ: كَالْمُودَعِ، فَلاَ يُؤَخِّرُ

إن كان للغريم بينة على معاينة الدفع. وهذا يأتي على رواية عيسى هذه، ولا يرجع الغريم على الوكيل بشيء لأنه قد صدق فما يدعي من الوكالة بيمينه فكان ذلك، كما لو ثبت بالبينة أو أقر بها صاحب المال على ما في كتاب النكاح الأول من المدونة إلا أن يكون فرط في دفع المال للموكل حتى تلف عنده. قاله ابن الماجشون وهو مذهب ابن القاسم، وحمله مطرف على التفريط فأوجب للغريم الرجوع عليه. وقيل: لا يصدق وهو ضامن يحلف صاحب المال ما وكله ويرجع بماله على من شاء منهما، فإن رجع على الغريم رجع الغريم على الوكيل، وإن رجع على الوكيل لم يكن للوكيل أن يرجع على أن أحد وهو يأتي على ما في كتاب الوديعة من المدونة وعلى ما في سماع سحنون لابن القاسم وأشهب، فعلى القول بأن الوكيل يصدق فيما ادعاه يحلف ويسقط عنه الضمان وهو قوله في هذه الرواية، وأما على القول بأنه لا يصدق فيما ادعاه من الوكالة فيلزم الغريم بعد يمين صاحب المال أنه ما وكله. واختلف إن كان عبداً هل يكون ذلك في رقبته أم لا على ثلاثة أقوال: أحدها أن ذلك يكون في رقبته وإن كان الغريم قد صدقه فيما ادعاه من الوكالة ودفع إليه باختياره لأنه قبله، وهو قول أشهب وابن القاسم في سماع سحنون. والثاني إن ذلك لا يكون إلا في ذمته لأن الغريم قد صدقه فيما ادعاه من الوكالة ودفع إليه باختياره. والثالث أن ذلك لا يكون في رقبته إلا أن يقر بالعداء انتهى. ص: **(وصدق في الرد كالمودع فلا يؤخر للإشهاد)** ش: يعني أن كل من كان

الوكيل مفوضاً إليه أو وصياً فهو مصدق بخلاف وكيل مخصوص **(ولزم الموكل غرم الثمن إلى أن يصل إلى وليه)** من المدونة قال مالك: إن وكلت رجلاً بشراء سلعة ولم تدفع إليه ثمناً فاشترى بما أمرته به ثم أخذ منك الثمن ليدفعه فيها فضاع منه فعليك غرمه ثانية. قال ابن القاسم: وإن ضاع مراراً حتى يصل إلى البائع **(إن لم يدفعه له)** ابن يونس: في كتاب ابن المواز والمدونة: لو دفعت إليه الثمن قبل الشراء فذهب منه بعد الشراء لم يلزمك غرم المال إن أبيت لأنه مال بعينه ذهب، بخلاف الأول يريد لأن الأول إنما اشترى على ذمته فالثمن في ذمتك حتى يصل إلى البائع فهذا الثاني إنما اشترى على مال بعينه، فإذا ذهب لم يلزمك غرمه ويلزم المأمور والسلعة له إلا أن تشاء أن تدفع إليه الثمن ثانية وتأخذها **(وصدق في الرد كالمودع)** ابن يونس: قال ابن القاسم في العتبية وغيرها في الوكيل المفوض إليه أو المخصوص أو الزوج يوكلون على قبض حق فيدعون أنهم قبضوه ودفعوه إلى من وكلهم: إنهم مصدقون في ذلك كلهم مع أيمانهم كالمودع يقول رددت الوديعة وينكر ربها. وقاله ابن الماجشون وابن عبد الحكم خلافاً لمطرف وابن حبيب. ابن المواز: قال مالك في المبضع معه في شراء سلعة فلما قدم طولب بها فقال قد رددت إليك بضاعتك قبل أن أخرج، فهو مصدق إلا أن يكون قبضها ببينة فلا يبرأ إلا ببينة، ولا يصدق واحد بدعواه الدفع إلى من أرسل إليه إلا ببينة ويصدق في الرد إلى الباعث بلا بينة لأن الله أمر الأوصياء بالإشهاد بالدفع إلى غير اليد التي أعطتهم وهم الأيتام،

....

يصدق في دعواه الرد من وكيل أو مودع فليس له أن يؤخر الدفع إذا طولب بدفع ما عنده ويعتذر بالإشهاد لأنه مصدق في دعواه الرد من غير إشهاد انتهى. وقوله «صدق في الرد» أي مع يمينه، وسواء كان بقرب ذلك بالأيام اليسيرة أو طال، سواء كان مفوضاً إليه أم لا. هذا قول مالك في رسم حلف من سماع ابن القاسم من كتاب الوكالات ومذهب المدونة. قاله في آخر كتاب الوكالات وفي المسألة أربعة أقوال ذكرها ابن رشد في كتاب الوديعة من المقدمات في الرسم المذكور، ونقله ابن عرفة وابن عبد السلام والمصنف في التوضيح. ونص كلام ابن رشد: اختلف في الوكيل يدعي أنه دفع إلى موكله ما قبض له من الغرماء أو ما باع به متاعه على أربعة أقوال: أحدها أن القول قوله مع يمينه جملة من غير تفصيل وهو قوله في هذه الرواية وفي رسم البزي من سماع ابن القاسم من المديان والتفليس وفي آخر الوكالة من المدونة. والثاني أنه إن كان بقرب ذلك بالأيام اليسيرة فالقول قول الموكل أنه ما قبض شيئاً وعلى الوكيل البينة، وإن تباعد الأمر كالشهر ونحوه فالقول قول الوكيل مع يمينه، وإن طال الأمر جداً لم يكن على الوكيل بينة فهو قول مطرف. والثالث إن كان بحضرة ذلك في الأيام اليسيرة صدق الوكيل مع يمينه، وإن طال الأمر جداً صدق دون يمين، وهو قول ابن الماجشون وابن عبد الحكم. والرابع تفرقة أصبغ بين الوكيل على شيء بعينه غارم حتى يقيم البينة، وإن طال الأمر والوكيل المفوض يصدق في القرب مع يمينه، وفي البعد دون يمين انتهى. وعلى هذا فلو قال المصنف «والقول قوله» لكان أحسن لأن لفظ: «صدق» إنما يستعمل فيما يصدق فيه من غير يمين. وقال القاضي عبد الوهاب في شرح قول الرسالة: ومن قال رددت إليك ما وكلتني عليه هذا لأن الوكيل والمودع والرسول مؤتمنون فيما بينهم وبين الموكل والمودع والمرسل، فإذا ذكروا أنهم ردوا ما دفع إليهم إلى أربابه قبل ذلك منهم، لأن أرباب الأموال قد ائتمنوهم على ذلك فكان قولهم مقبولاً فيما بينهم وبينهم، وكذلك العامل في القراض مؤتمن في رد القراض ما بينه وبين المالك إلا أن يكون واحد منهم أخذ المال ببينة فلا تبرئه دعوى رده إلا أن يكون له بينة لأن رب المال حينئذ لم يأتمنه لما استوثق منه بالبينة انتهى. ونقله عنه الزناتي وهو نص كتاب الوديعة من المدونة إلا الوكيل. ونص عليه أيضاً الفاكهاني والمشذالي. وأما العارية فقال ابن رشد في المقدمات: إن له أن يشهد على المعير في رد العارية عليه وإن كان دفعها إليه بلا إشهاد لأن

ولم يأمر بالإشهاد في الرد إلى اليد التي أعطتك لقوله ﴿فليؤد الذي اؤتمن أمانته﴾ [البقرة: ٢٨٣].

ابن عرفة: وفيها: والوكيل على بيع مصدق في دفع ثمنه للآمر **(فلا يؤخر للإشهاد)** ابن الحاجب: والمصدق في الرد ليس له التأخير بعذر الإشهاد. ابن هارون: نحو هذا ذكر ابن شاس وفيه نظر. ابن عبد السلام: ينبغي أن يكون للوكيل أو المودع مقال في وقف الدفع على البينة ولو كان القول قولهما

لِلْإِشْهَادِ، وَلِأَحَدِ الْوَكِيلَيْنِ: الاِسْتِبْدَادُ؛ إِلاَّ لِشَرْطٍ،

العارية تضمن والوديعة لا تضمن اهـ.

تنبيهات: الأول: قول المصنف «كالمودع» يشير به والله أعلم إلى أن الوكيل إنما يصدق في رد ما وكل عليه إلى ربه إذا قبضه بغير إشهاد، وأما ما قبضه بإشهاد فلا يصدق في رده كما صرح به القاضي عبد الوهاب والفاكهاني والزناتي وغيرهم.

الثاني: يظهر من كلام ابن رشد المتقدم أنه لا بد من اليمين مطلقاً طال الزمان أو لم يطل، ويظهر من كلام ابن عرفة أن اليمين تسقط مع طول المدة.

الثالث: الوكيل مصدق في الرد إلى موكله ولو ادعى ذلك بعد موت موكلهم كما يفهم ذلك من عموم كلام ابن رشد في سماع ابن القاسم في سماع عيسى من كتاب البضائع والوكالات، وكما يصرح به البرزلي في مسائل الوكالات. وهذا والله أعلم ليس خاصاً بالوكيل والموكل بل هو عام في كل ما كان يصدق في دعواه الرد وكيل أو مودع إذا ادعى إيصال ذلك إلى اليد التي دفعت إليه، سواء كان الدافع حياً أو ميتاً أنه يصدق في ذلك والله أعلم. وهذا واضح، وإنما نبهت عليه لأن بعض أهل العصر من أهل المغرب توقف في ذلك حتى أطلعته على النص في ذلك والله أعلم.

الرابع: قال ابن ناجي في قول المدونة: «ومن ذبح أضحيتك بغير أمرك فإما ولدك أو بعض عيالك فمن فعله ليكفيك مؤنتها فذلك مجزىء». يقوم منها إذا كان ربع بين أخ وأخت وكان الأخ هو الذي يتولى عقد كرائه وقبضه سنين متطاولة، فجاءت أخته تطالب بمنابها من الكراء في جميع المدة المذكورة، وزعمت أنها لم تقبض شيئاً وادعى هو دفع لها، أنه يقبل قوله مع يمينه إذ هو وكيلها بالعادة، ووقعت بالمدينة المهدية وأفتى فيها بعض شيوخنا بما ذكرناه دون استناد لدليل أو تأخر الحكم بينهما حتى مات يعني المفتي وهو ابن عرفة، فأفتى فيها شيخنا أبو مهدي بعكسه، وجيء لقاضيها بالفتوتين فتوقف حتى وصل تونس فناول شيخنا أبا مهدي ما أفتى به فقال: نعم هذا خطي. ثم ناوله ما أفتى به الشيخ المذكور فكتب تحته: رأى رحمه الله أنه وكيل بالعادة فقبل قوله وبه أقول وقطع ما أفتى به. وأراه أن يحكم بما أفتى الشيخ المذكور وكان يقول رحمه الله: ما خالفته في حياته ولا أخالفه بعد وفاته. انتهى كلام ابن ناجي وبعض شيوخه هو ابن عرفة كما تقدم أنه إذا قال بعض شيوخنا يعني ابن عرفة. ص: **(ولأحد الوكيلين الاستبداد إلا لشرط)** ش: ما ذكره ابن غازي هنا كافٍ فيما يتعلق بكلام

في الرد لأن البينة تسقط عنهما اليمين. ابن عرفة: ما ذكره ابن شاس هو نص الغزالي، ولا يجوز أن ينقل عن المذهب ما هو نص لغير المذهب لا سيما وأصول المذهب تقتضي خلافه حسبما أشار إليه المازري وشارحا ابن الحاجب. **(ولأحد الوكيلين لاستبداد إلا لشرط)** ابن عرفة: يجوز توكيل أكثر من

وَإِنْ بِعْتَ وَبَاعَ؛ فَالأَوَّلُ، إلاَّ بِقَبْضٍ، وَلَكَ قَبْضُ سَلَمِهِ لَكَ؛ إِنْ ثَبَتَ بِبَيِّنَةٍ،

المؤلف ونحو عبارته لصاحب الإرشاد في إرشاده وفي معتمده وشرحه، واعترضه الشيخ سليمان بما اعترض به المصنف على ابن الحاجب والله أعلم. ص: **(وإن بعت وباع فالأول إلا لقبض)** ش: قال في كتاب الوكالات من المدونة.

تنبيهان الأول: إنما يكون الثاني أحق إذا قبض السلعة ولم يعلم ببيع الأول، لا هو ولا الذي باعه. أما إن باع الثاني منهما وهو عالم ببيع الأول وقبض المشتري الثاني السلعة وهو يعلم ذلك في وقت قبضه فالأول أولى. قاله في رسم نذر سنة من سماع ابن القاسم من كتاب البضائع والوكالات.

الثاني: إذا أكرى الوكيل والموكل فهي للأول على كل حال. قاله ابن رشد في الرسم المذكور ونقله أبو الحسن. قال ابن رشد: لأنه لا يدخل في ضمان من قبضه والله أعلم. ص: **(ولك قبض سلمه لك إن ثبت ببينة)** ش: قال في كتاب السلم الثاني من المدونة: ولك قبض ما أسلم لك فيه وكيلك بغير حضرته ويبرأ إذا دفعه إليك إن كانت لك بينة أنه أسلمه لك وإن لم يكن دفع إليك ذلك ببينة فالمأمور أولى بقبضه منك. قال أبو الحسن: قال ابن يونس: حُكي عن القابسي أنه قال: ولو أقر الذي عليه الطعام بأن المأمور أقر عنده أن الطعام للمقر له، لا يجبر على دفعها ولا يكون شاهداً لأن في شهادته منفعة له لأنه يجب أن يفرغ ذمته. قال: وقد رأى بعض أصحابنا أنه يؤمر بالدفع إلى المقر له، فإن جاء المأمور فصدقه بريء وإلا غرم له ثانية. وقال بعض القرويين: إن ما قاله القابسي من أن من عليه الحق لا يكون شاهداً، ونحوه

واحد على غير الخصام. وقال ابن الحاجب تبعاً لابن شاس: ولأحد الوكيلين الاستبداد ما لم يشترط خلافه. ابن عبد السلام: يعني أن أمر الوكيلين مخالف للوصيين فإنه لا يجوز لهما الاستبداد ونحوه لابن هارون. ابن عرفة: ولا أعرف هذا لغيرهم وظاهر المدونة خلافه. فيها: لو أن رجلاً أمر رجلين يشتريان له سلعة أو يبيعانها له فباع أحدهما أو اشترى أن ذلك غير لازم للموكل في قول مالك. وسمع يحيى: إن مات أحد الوكيلين على تقاض لم يتقاض الباقي دون إذن القاضي. بهرام: العجب أن الشيخ اعترض كلام ابن الحاجب ولم يحترز منه هنا **(وإن بعت وباع فالأول إلا لقبض)** من المدونة: من أمر رجلاً يبيع له سلعة فباعها الآمر وباعها المأمور فأول البيعتين أحق إلا أن يقبض الثاني السلعة فهو أحق كإنكاح الوليين الأول أحق في النكاح إلا أن يدخل الثاني. قال ابن رشد: إنما يكون الثاني في البيع أحق إذا قبض إن كان حين قبض لم يعلم بيع الأول كإنكاح الوليين لا تكون للداخل إلا إن دخل على غير علم بالأول. انظر رسم نذر من سماع ابن القاسم من البضائع، وانظر في هذا الرسم أيضاً أن بين البيع والكراء فرقاً لا يدخل الكراء في ضمان من قبضه **(ولك قبض سلمه لك إن ثبت ببينة)** من المدونة قال مالك: ولك قبض ما أسلم لك فيه وكيلك بغير حضرته ويبرأ دافعه لك إن كانت لك بينة أنه أسلمه لك، وإن لم تكن لك بينة

في كتاب ابن سحنون عن أبيه. وقال بعض القرويين: شهادته في هذا جائزة إذا كان عدلاً ويحلف المقر معه ويستحق ولا تهمة في ذلك إذا حل الأجل انتهى. فحاصله أنه اختلف هل يقضى عليه بإقراره أو لا على قولين. وعلى القول بعدم القضاء، فهل يكون شاهداً؟ قولان. قال في الشامل: وفي جبر مسلم إليه على الدفع لمن أقر له المسلم الغائب قولان، وفي كونه كشاهد إن كان عدلاً يحلف معه المستحق ويأخذ ذلك قولان، أما إن ثبت ببينة فله قبضه اتفاقاً انتهى. وما ذكره عن القابسي من عدم جبره على الدفع هو الذي جزم به القاضي عبد الوهاب في المعونة فقال: إذا وكله على قبض دين له على رجل أو وديعة عنده فصدق الغريم الوكيل وليس للوكيل بينة، فلا يجبر الغريم على دفع الشيء للوكيل خلافاً لأبي حنيفة لأنه لا يلزم الغريم أن يدفع إلا ما يبرأ به بدليل أنه لو كان عليه حق ببينة فطالب صاحبه به كان له أن يمنعه حتى يحضر الوثيقة وتسقط شهادة الشهود، والدفع بالإقرار لا يبرأ به بدليل أن صاحب الحق إن جحد الوكالة لزمه دفعه إليه ثانية، وإن كان كذلك لم يلزمه الدفع. وتحريره أن يقال: كل من لا يبرأ بالدفع إليه لم يجبر على دفعه إليه كالأجنبي، ولأنه أقر على غيره بالتوكيل فلم يلزمه علم ذلك الإقرار بتسليم ما في يده إلى الوكيل انتهى. وعليه اقتصر اللخمي في كتاب الوديعة. وقال ابن فرحون في الفصل الخامس من القسم الثالث من الركن السادس من الباب الخامس من القسم الأول من أقسام الكتاب في التنبيه على أحكام تتوقف سماع الدعوى بها على إثبات فصول إنه المشهور ونصه: ولو صدق الخصم الوكيل في الدعوى واعترف بالمدعي به لم يجبره الحاكم على دفعه على المشهور حتى يثبت عنده صحة الوكالة انتهى. وتقدم كلامه هذا عند قوله المؤلف «وواحد في خصومة». وقال في آخر الفصل السادس في حكم الوكالة على الدعوى: إنه أذا صدقه على الوكالة وأقر بالدين ألزم بالدفع إليه. ونصه مسألة في المطلوب يوافق على صحة الوكالة قبل ثبوتها: وإذا قام رجل على رجل في مهر امرأته أو دين رجل وادعى وكالة صاحب ذلك فأقر المطلوب بالدين أو بالمهر واعترف بصحة الوكالة، فإنه يلزمه دفع ذلك إليه، فإن قام صاحب الحق على المطلوب يطلبه بذلك قضى له به لأنه إنما يقضى عليه أولاً بإقراره والمصيبة منه انتهى. وله في الباب السبعين في القضاء بالأمارات وقرائن الأحوال ما يوافق ذلك، وعزاه للمتيطية. ونصه في المتيطية: حكى ابن حبيب عن سحنون فيمن قال لرجل وكلني فلان على قبض دينه منك وعدده كذا، فصدقه في الوكالة وأقر بالدين أنه يلزمه الدفع إليه، فإن قدم فلان وأنكر التوكيل غرم المقر لأن الحكم كان بإقراره انتهى. وفيه ما يؤخذ منه ما يخالف هذا ويوافق ما تقدم عن الفصل الخامس، وما ذكره من لزوم الدفع جار على ما ذكره ابن يونس عن بعض أصحابنا، وما ذكره عن القابسي أرجح، ويكفي في ترجيحه اقتصار القاضي عبد الوهاب واللخمي عليه وتشهير ابن فرحون له، والظاهر عندي من القولين في شهادته عدم قبولها والله أعلم، وهو الذي يؤخذ من مسألة السلم الثاني التي ذكرها المؤلف

وَالْقَوْلُ لَكَ إِنْ ادَّعَى الإِذْنَ، أَوْ صِفَةً لَهُ، إِلاَّ أَنْ يَشْتَرِيَ بالثَّمَنِ، فَزَعَمْتَ أَنَّكَ أَمَرْتَهُ بِغَيْرِهِ،

هنا وهو مفهوم قول المؤلف «إن ثبت ببينة» بأن مفهومه لو ثبت بإقرار المسلم إليه لم يأخذه لأنه لم يثبت ببينة.

تنبيه: قال في المعونة إثر كلامه المتقدم فصل: إذا ثبت أنه لا يجبر على الدفع فمتى دفع إلى من يعترف له بأنه وكيل بغير بينة على الوكالة، فإن اعترف له صاحب الحق فقد برىء، وإن أنكر الوكالة وأقر أنه قبض الحق برىء الغريم أيضاً، لأن ثبوت الوكالة ليس بشرط في الإبراء كما لو بعث به الغريم على يد رسول ابتداء واعترف صاحب الحق بقبضه لبرىء الغريم، فإن أقر صاحب الدين بالوكالة وأنكر أن يكون الغريم دفع الحق إلى الوكيل لم يلتفت إلى إقرار الوكيل بالقبض أو إنكاره ولزم الغريم إقامة البينة بالدفع إلى الوكيل، فإن لم تقم بينة غرم ذلك لصاحب الحق لأن الغريم هو الذي أتلف ماله حين دفع إلى من لا يبرأ بالدفع إليه. وكذلك لو كانت الوكالة ببينة فدفع الغريم إلى الوكيل بغير بينة وأنكر صاحب الحق، فإن الغريم يغرم المال لأن إقرار الوكيل بالقبض غير مقبول على الموكل: لأن الوكيل أمين فيما بينه وبين موكله لا فيما بينه وبين غيره. وإذا كان كذلك فإن الغريم يغرم المال ثانية، وله إحلاف صاحب الحق إنه لم يقبضه ولم يعلم بدفعه الحق إلى وكيله ثم ينظر؛ فإن ادعى الوكيل أنه دفع المال إليه ببينة وأقامها فإن الغريم يبرأ بذلك ولا يحتاج إلى إقامة بينة على الدفع إلى الوكيل لأن البينة قد شهدت بقبض صاحب الحق لحقه، وإن ادعى الدفع إلى صاحب الحق بغير بينة فلا يلزم ذلك صاحب الحق على ما بينا. انتهى بلفظه. ص: **(والقول لك إن ادعى الإذن)** ش: قال ابن عرفة: وفيها: إن باع الوكيل السلعة وقال بذلك أمرتني، وقال ربها بل أمرتك أن ترهنها، صدق ربها ولو فاتت، يريد ويحلف ويأخذها إن كانت قائمة لأن فرض المسألة أن الآمر ثابت ملكه لها وحق المشتري إنما هو متعلق بدعوى الوكالة. انتهى انظر تمامها.

فرع: وإذا اشترى لفلان فأنكر فلان فالشراء لازم للوكيل كما تقدم في الكلام على بيع الفضولي ص: **(إلا أن يشتري بالثمن فزعمت أنك أمرته بغيره وحلف)** ش: هذا مذهب

فالمأمور أولى بقبضه. **(والقول لك إن ادعى الإذن أو صفة له)** ابن شاس: إذا تنازعا في أصل الإذن أو صفته أو قدره فالقول فيه قول الموكل. فلو قال وكلتني وقلت أنا ما وكلتك كان القول قولك. وقد تقدم نص المدونة عند قوله «أو ادعى الإذن فنوزع». وبقي منها قول الغير» قال: إن كانت السلعة قائمة لم يضمن وخير الآمر في الرد والإمضاء، فإن فاتت خير في أخذ ما بيعت به وتضمين الوكيل قيمتها. عياض: قول الغير وفاق. ومن المدونة أيضاً: إذا باع الوكيل السلعة وقال بذلك أمرني ربها وقال ربها بل أمرتك أن ترهنها صدق ربها مع يمينه فاتت أو لم تفت **(إلا أن يشتري بالثمن فزعمت أنك أمرته بغيره وحلف)** من المدونة قال ابن القاسم: إن دفعت إليه ألف درهم فاشترى بها ثوباً أو تمراً وقال

وَحَلَفَ: كَقَوْلِهِ: أَمَرْتُ بِبَيْعِهِ بِعَشَرَةٍ، وَأَشْبَهَتْ، وَقُلْتَ بِأَكْثَرَ، وَفَاتَ الْمَبِيعُ بِزَوَالِ عَيْنِهِ، أَوْ لَمْ يَفُتْ، وَلَمْ تَحْلِفْ. وَإِنْ وَكَّلْتَهُ عَلَى أَخْذِ جَارِيَةٍ فَبَعَثَ بِهَا فَوُطِئَتْ، ثُمَّ قَدِمَ بِأُخْرَى، وَقَالَ هٰذِهِ لَكَ، وَالأُولَى وَدِيعَةٌ، فَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ وَحَلَفَ: أَخَذَهَا؛ إِلاَّ أَنْ تَفُوتَ بِكَوَلَدٍ أَوْ تَدْبِيرٍ؛ إِلاَّ لِبَيِّنَةٍ،

المدونة. فإن نكل المأمور عن اليمين فالقول قول الآمر، والظاهر أن ذلك بعد يمينه. وهذا إذا فات الثمن، أما إذا كان باقياً بيد البائع وكان الوكيل أعلمه أنه إنما يشتري لفلان فالقول قول الموكل اتفاقاً. قاله اللخمي ونحوه في الرجراجي والله أعلم. ص: **(كقوله أمرت ببيعه بعشرة وأشبهت وقلت بأكثر وفات المبيع بزوال عينه)** ش: أي وكذلك يكون القول قول الوكيل مع يمينه إذا قال لموكله أمرتني ببيع الشيء الموكل على بيعه بعشرة وكانت العشرة تشبه قيمته وقلت أنت بأكثر وفات المبيع بزوال عينه، فإن نكل الوكيل عن اليمين حلف الموكل ولزم الوكيل غرم ما قاله الموكل، فإن نكل الموكل أيضاً فلا شيء له. قاله أبو الحسن في كتاب السلم الثاني. وهذا إذا لم يكن للموكل بينة، فإن كانت له بينة لزم الوكيل الغرم. قاله اللخمي: واحترز بقوله «وأشبهت» مما إذا ادعى ما لا يشبه فلا يكون القول قوله بل القول قول الآمر. قاله في التوضيح: واحترز بقوله «وفات المبيع» مما إذا لم يفت فإن القول قول الموكل مع يمينه ويأخذ سلعته، وله أن يجيز البيع ويأخذ العشرة. واختلف هل له أن يجيز البيع ويلزم الوكيل الزائد أو ليس له ذلك؟ قولان ذكرهما الرجراجي، والمشهور أنه ليس له ذلك كما تقدم. قال الرجراجي: واختلف إذا اعترف الوكيل بالتعدي، هل يسقط ذلك اليمين عن الموكل أو لا؟ على قولين فقيل: إن ذلك يسقط عنه اليمين، وقيل لا يسقطها لحق المشتري لأن الوكيل يتهم أن يكون قصد بتصديقه إبطال حق المشتري. انتهى بالمعنى. قلت: والثاني هو الظاهر.

فرع: فإن أراد المشتري أن يأخذها بما قال الموكل، فهل يجبر الموكل على ذلك أم لا؟

بذلك أمرتني وقلت أنت ما أمرتك إلا بحنطة، فالمأمور مصدق مع يمينه إذ الثمن مستهلك كفوت السلعة. ابن حبيب: قال مطرف وابن الماجشون: وبه أقول **(كقوله أمرت ببيعه بعشرة وأشبهت قلت بأكثر وفات المبيع بزوال عينه أو لم يفت ولم تحلف)** من المدونة قال مالك: إذا باع الوكيل السلعة بعشرة وقال بذلك أمرني ربها وقال ربها ما أمرتك إلا باثني عشر، فإن فاتت حلف المأمور وبرىء. قال ابن القاسم: ما لم يبع بما يستنكر، وفوتها ها هنا زوال عينها، وكذلك روى الأندلسيون عن ابن القاسم. قال ابن القاسم: فإن لم تفت حلف الآمر وأخذها. ابن المواز: فإن نكل فله عشرة. وانظر أول رسم من سماع ابن القاسم من البضائع إذا اشترى لزوجته فبعد ما حازت طلب منها الثمن بين أن يكون قد نقد الثمن أو لا فرق، ومثله الوكيل. وفي المسألة خمسة أقوال. انظر أول مسألة من رسم حلف **(وإن وكلته على أخذ جارية فبعث بها فوطئت ثم قدم بأخرى وقال هذه لك والأولى وديعة فإن لم يبين وحلف أخذها إلا أن تفوت بكولد أو تدبير إلا ببينة)** من المدونة قال ابن القاسم: من وكل رجلاً يشتري له جارية بربرية فبعث بها إليه فوطئت ثم قدم الوكيل بأخرى وقال هذه لك

وَلَزِمَتْكَ الأُخْرَى، وَإِنْ أَمَرْتَهُ بِمِائَةٍ، فَقَالَ: أَخَذْتُهَا بِمِائَةٍ وَخَمْسِينَ، فَإِنْ لَمْ تَفُتْ: خُيِّرْتَ فِي أَخْذِهَا بِمَا قَالَ؛ وَإِلاَّ لَمْ يَلْزَمْكَ إِلاَّ الْمِائَةُ؛ وَإِنْ رُدَّتْ دَرَاهِمُكَ لِزَيْفٍ؛ فَإِنْ عَرَفَهَا مَأْمُورُكَ: لَزِمَتْكَ وَهَلْ، وَإِنْ قَبَضْتَ؟ تَأْوِيلاَنِ: وَإِلاَّ فَإِنْ قَبِلَهَا، حَلَفْتَ

على قولين. فإن نكل الموكل عن اليمين كان القول قول الوكيل مع يمينه ويمضي البيع بالعشرة. قاله ابن بشير: وقال ابن المواز: إذا نكل الموكل كانت له بالعشرة بغير يمين. قال أبو الحسن: إن أراد دون يمين الوكيل كان خلاف المذهب، وإلى ما قاله ابن بشير أشار المصنف بقوله «أو لم يفت» ولم يحلف فإن نكل الوكيل بعد نكول الموكل لزم غرم ما قال الموكل. نقله أبو الحسن عن ابن يونس ص: **(فإن لم تفت خيرت في أخذها بما قال)** ش:نحوه في المدونة. قال أبو الحسن: يريد بعد يمين المأمور لقد اشتراها بمائة وخمسين والله أعلم. ص: **(وهل إن قبضت تأويلان)** ش: قيد الرجراجي الخلاف بغير المفوض قال: لأنه بعد فراغه مما وكل معزول. قال: وأما المفوض فلا خلاف أن قوله فيما قبله مقبول ويلزم الآمر البدل.

تكميل: قال عياض: ثم إذا أبدلها الآمر فلا يمين على المأمور إلا أن يدعي الآمر أنه أبدلها فيتصور فيه ما يتصور في المودع. وحكى أشهب أنه يبدلها بعد يمين البائع أنها هي لأنها قد خرجت من يد أمينة وغابت عنه. قال أبو الحسن: ولعل قول أشهب لاحتمال أن يكون

والأولى وديعة ولم يكن الوكيل بين ذلك حين بعث بها، فإن لم تفت حلف وأخذها ودفع إليه الثانية. قال ابن القاسم: وإن فاتت الأولى بولد منه أو عتق أو تدبير أو كتابة لم يصدق المأمور إلا أن يقيم بينة فيأخذها. قال سحنون: ويأخذ قيمة ولدها. قال ابن القاسم: وتلزم الجارية الآمر. قال في كتاب ابن المواز: فإن لم تكن له بينة لم يقبل قوله **(ولزمتك الأخرى)** تقدم نص المدونة «ودفع إليه الثانية» **(وإن أمرته بمائة فقال أخذتها بمائة وخمسين فإن لم تفت خيرت في أخذها بما قال وإلا لم يلزمك إلا المائة)** من المدونة قال مالك: من أمر رجلاً يشتري له جارية بمائة فبعث بها إليه، فلما قدم قال ابتعتها بخمسين ومائة، فإن لم تفت خير الآمر بين أخذها بما قال المأمور أو ردها، وإن كانت قد حملت لم تلزمه إلا المائة. ابن رشد: انظر هذا من أثاب على صدقة. قال في المدونة: لا رجوع له فيه إذا فات، وعلى هذا يتخرج في الذي يأخذ من الغسال ثوباً على أنه ثوبه أنه لا شيء عليه في لبسه وهو قول مالك في رواية الموطأ. ووجه هذا القول أنه لا شيء على اللابس وإنما يضمنه الغسال لأنه أمكنه منه وأذن له في لبسه. انظر القولين الآخرين أول مسألة من سماع عيسى من تضمين الصناع **(وإن ردت دراهمك لزيف فإن عرفها مأمورك لزمتك)** من المدونة قال ابن القاسم: إن أمرت رجلاً يسلم لك دراهم دفعتها إليه في طعام ففعل ثم أتى البائع بدراهم زائفة ليبدلها وزعم أنها التي قبض، فإن عرفها المأمور لزمت الآمر أنكرها الآمر أم لا، لأنه أمينه **(وهل وإن قبضت تأويلان)** ابن يونس: قيل: إن معنى ذلك أن الآمر لم يقبض السلم، وأما لو قبضه لم يقبل عليه قول الوكيل. ابن يونس: وذلك عندي سواء قبض الآمر السلم أو لم يقبضه لأنه أمينه **(وإلا فإن قبلها حلفت)** قال ابن القاسم:

وَهَلْ مُطْلَقاً، أَوْ لِعُدْمِ الْمَأْمُورِ مَا دَفَعْتَ إِلاَّ جِيَاداً فِي عِلْمِكَ وَلَزِمَتْهُ؟ تَأْوِيلاَنِ، وَإِلاَّ حَلِفَ كَذٰلِكَ، وَحَلَفَ الْبَائِعُ، وَفِي الْمُبْدَإِ: تَأْوِيلاَنِ. وَانْعَزَلَ بِمَوْتِ مُوَكِّلِهِ، إِنْ عَلِمَ، وَإِلاَّ فَتَأْوِيلاَنِ،

على يمينه انتهى. وقال الرجراجي: وهل ذلك لازم بعد يمين البائع وهو قول أشهب لأن البائع غاب عليها، والثاني أنه لا يمين عليه إلا أن يدعي الآمر أنه قد أبدلها انتهى. ص: **(وفي المبدأ تأويلان)** ش: ذكر الرجراجي في المسألة ثلاثة أقوال: تبدئة الآمر، وتبدئة المأمور، وتخيير البائع. قال: وتؤولت المدونة على كل واحد من هذه الثلاثة الأقوال. ويظهر من كلام المصنف أنه لم يذكر إلا التأويلين الأولين بتبدئة المأمور وهو الذي في كتاب محمد، وتأول أبو محمد المدونة عليه واختصرها عليه. وتبدئة الآمر ولم يعزه الرجراجي لأحد وإنما ذكره وقال: تؤولت المدونة عليه. والثالث تأويل ابن يونس.

تكميل: فإن بدىء بالآمر فنكل حلف البائع وغرم الآمر، ثم لا رجوع له على المأمور إلا أن يتهم ببدلها فيحلفه، وإن نكل البائع هنا لم يكن له أن يحلف المأمور لأن نكوله عن يمين الآمر نكول عن يمين المأمور. وإن بدىء بالمأمور ونكل حلف البائع وأبدلها المأمور، ثم هل له تحليف الآمر؟ قولان. قاله الرجراجي وأبو الحسن ص: **(وانعزل بموت موكله إن علم وإلا فتأويلان)** ش: جعل ابن رشد الخلاف في الموت والعزل سواء، وظاهر كلامه في التوضيح ترجيح القول بعدم العزل قبل بلوغ العلم في العزل والموت وهو الظاهر. وهذا إذا أعلن بالعزل

وإن لم يعرفها المأمور وقبلها حلف الآمر أنه ما يعرفها من دراهمه وما أعطاه إلا جياداً في علمه وبرىء وأبدلها المأمور لقبوله إياها **(وهل مطلقاً أو لعدم المأمور)** عياض: قيل: حلف الآمر هنا هو على أحد القولين في أيمان التهم، وقيل: بل وجد المأمور عديماً فلذلك حلفه ولو كان المأمور موسراً لم يكن للبائع على الآمر سبيل **(ما دفعت إلا جياداً في علمك ولزمته)** تقدم نص المدونة بهذا **(تأويلان)** تقدم ذكر عياض القولين والثاني هو للشيخ أبي عمران **(وإلا حلف كذلك)** قال ابن القاسم: وإن لم يقبلها المأمور ولا عرفها حلف المأمور أنه ما أعطاه إلا جياداً في علمه وبرىء **(وحلف البائع وفي المبدأ تأويلان)** لعله سقط هنا لفظ الآخر إذ المعنى حلف البائع الآمر. قال ابن القاسم: وللبائع أن يحلف الآمر أنه ما يعرفها من دراهمه وما أعطاه إلا جياداً في علمه ثم تلزم البائع. ابن يونس: قال بعض أصحابنا: الرتبة أن يبدأ بيمين الآمر. ابن يونس: والمسألة في كتاب ابن المواز، مثلها في المدونة أنه يبدأ بيمين المأمور لأنه المعامل له، وله عندي أن يبدأ بيمين من شاء منهما لأن الوكيل هو الذي ولي معاملته فله أن يقول لا أحلف إلا لك إذ لا معاملة بيني وبين الآمر، وله أن يحلف الآمر لإقراره أن هذا وكيله وهذه دراهمه، فله أن يحلفهما ويبدأ بمن شاء منهما **(وانعزال بموت موكله إن علم)** ابن عرفة: المعروف له انعزال الوكيل بموت موكله. من المدونة قال ابن القاسم: من أمر رجلاً يشتري له سلعة ولم يدفع إليه ثمنها أو دفعه إليه فاشتراها الوكيل بعد موت الآمر فذلك لازم للورثة إلا أن يشتريها وهو يعلم بموت الآمر فلا يلزم الورثة ذلك وعليه غرم الثمن لأن وكالته قد انفسخت. وقاله مالك فيمن له

وَفِي عَزْلِهِ بِعَزْلِهِ. وَلَمْ يَعْلَمْ: خِلافٌ

وأشهد عليه ولم يكن منه تفريط في تأخير إعلامه بذلك، وأما إن عزله سراً فإنه لا ينعزل بذلك. قاله ابن رشد في نوازله كما تقدم أول الباب عند قوله: «وليس له حينئذ عزله». وهذا أيضاً إذا لم يتعلق بالوكالة حق للغير فليس للموكل عزله كما قاله في التوضيح هنا في شرح قول ابن الحاجب: «ومهما شرع في الخصومة فلا ينعزل». وقاله في كتاب الرهون من الذخيرة والله

وكيل ببلد يجهز إليه المتاع أن ما باع واشترى بعد موت الآمر ولم يعلم بموته فهو لازم للورثة، وما باع أو اشترى بعد علمه بموته لم يلزمهم لأن وكالته قد انفسخت. وانظر قد نصوا أن الوكيل على الخصام ينعزل بمضي ستة أشهر إلا أن يكون الخصام متصلاً. البرزلي: وقال بعض الموثقين: أو في قضية معينة (وإلا فتأويلان) ابن رشد: فإذا لم يعلم الوكيل بموت موكله، أو عزل ولم يعلم بعزله، فقيل إنه معزول بنفس العزل أو الموت، وهو قول ابن القاسم في كتاب الشركة من المدونة في الذي يحجر على وكيله فيقبض من غرمائه بعد عزله وهم لا يعلمون بذلك أنهم لا يبرؤون بالدفع إليه وإن لم يعلم هو بعزله. هذا هو ظاهر قوله، وعلى ذلك كان الشيوخ يحملونه، وعلى ذلك حمله التونسي. فإذا لم يبرأ الغرماء بالدفع إليه فكذلك لا يبرأ هو ويكون للغرماء أن يرجعوا عليه وإن تلف المال بيده لأنه أخطأ على مال غيره. فهذا يبين أن الوكالة تنفسخ في حقه وحق من عامله أو دفع إليه بنفس العزل أو الموت. وقيل: إنه لا يكون معزولاً في حق أحد إلا بوصول العلم إليه فيكون معزولاً في حقه بوصول العلم إليه وفي حق من بايعه أو دفع إليه بوصول العلم إليه. وهذا قول مالك في الوكالات من المدونة في مسألة الورثة المتقدمة الذكر. وكذلك يبرأ من دفع إليه إذا لم يعلم بموت الموكل على قياس قوله. وعلى قول مالك هذا، لو علم الوكيل بموت موكله فباع ولم يعلم المشتري بذلك فتلفت السلعة المبيعة عنده لكان الوكيل ضامناً لقيمتها لانفساخ الوكالة في حقه لعلمه بموته وتعديه فيما لا تصرف له فيه، ولم يكن على المشتري أن يرد الغلة إذا أخذت منها السلعة. ولو لم يعلم الوكيل بموته وعلم المشتري لكان عليه أن يرد الغلة إذا أخذت منه السلعة لتعديه بابتياع ما قد انفسخت الوكالة فيه في حقه. انظر المقدمات (وفي عزله بعزله ولم يعلم خلاف) ابن عرفة: في انعزال الوكيل بنفس عزله وموت موكله أو مع علمه ذلك أربعة أقوال. قال ابن القاسم في كتاب الشركة: ينعزل الوكيل بنفس عزله وموت موكله. ابن رشد: هذا هو ظاهرها وعليه حملها التونسي والشيوخ. قال اللخمي: وهو ظاهر المذهب. ونقل ابن المنذر الإجماع عليه. هذا هو القول الثاني لأشهب. انظر فيه. القول الثالث: ينعزل بنفس عزله وموت موكله مع علمه ذلك فقط في حقه وفي حق المدين بعلمه، وهو قول مالك أول وكالتها مع ابن القاسم في الشريكين. القول الرابع رواه اللخمي: ينعزل بنفس الموت وإن لم يعلم وفي العزل إن علم، ولابن رشد: أجمعوا في الرجل يوكل الرجل على بيع سلعته ثم يبيعها هو ويبيعها الوكيل بعده وهو يعلم ببيع صاحبه أنها تكون للثاني إن قبضها، وفي إجماعهم على هذا دليل على أن وكالته لا تنفسخ بنفس الفسخ حتى يعلم الوكيل بفسخه إياها أو يعلم بذلك المشتري إن علم انتهى. ومقتضى هذا أن القول الثاني والرابع ليسا بمشهورين بخلاف الأول والثالث، وقد ذكرت نص ابن رشد في

وَهَلْ لاَ تَلْزَمُ، أَوْ إِنْ وَقَعَتْ بِأُجْرَةٍ أَوْ جُعْلٍ، فَكَهُمَا، وَإِلاَّ لَمْ تَلْزَمْ؟ تَرَدُّدٌ.

أعلم. ص: **(وهل لا تلزم أو إن وقعت بأجرة أو جعل فكهما وإلا لم يلزم تردد)** ش: تصوره واضح.

فرع: إذا وكل عبداً على عمل وطلب سيده الأجرة فقال في كتاب السلم الثاني من المدونة: ومن وكل عبداً مأذوناً له في التجارة أو محجوراً عليه يسلم له في طعام ففعل فذلك جائز. أبو الحسن: قال ابن محرز: أما المأذون له فلا أجرة له على من وكله في ذلك لأنه كأنه مأذون له في هذا المقدار الخفيف. ألا ترى أنه قد يودع فيحفظ الوديعة بغير إذن سيده ولا يكون له في ذلك أجر، وأما غير المأذون له فينبغي أن يكون له الأجرة يدفعها من وكله إلى سيده.الشيخ: إلا أن يكون عمله ذلك لا خطب له لكون المسلم إليه أتى إلى منزل هذا العبد فلا يكون له أجرة كما قال في كتاب الإجارة كمناولة القدح والنعل انتهى. وفي شرح المازري على التلقين في آخر السؤال الثالث من فصل الوكالة: وقد أجاز في الكتاب وكالة العبد، لكن لو وكل عبداً أجنبي والعبد الوكيل محجور عليه لكان لسيده طلب إجارته فيما تولى من سعي في العقد لكون سعيه ومنافعه يملكها عليه، فليس لغيره أن يتملكها ولا أن ينتفع بها دون

المسألة قبل هذا فانظره أنت مع لفظ خليل **(وهل لا تلزم أو إن وقعت بأجرة أو جعل فكهما وإلا لم يلزم فتردد)** ابن عرفة: عقد الوكالة غير لازم للموكل مطلقاً في غير الخصام، والوكيل مخير في قبولها. فإن تأخر قبوله عن علمه بها فيتخرج على قولين لمالك، فإن قبل الوكيل بغير عوض فقال ابن زرقون: اختلف في الوكيل على شراء سلعة بعينها يشتريها الوكيل لنفسه؛ فروى أصبغ عن ابن القاسم أن السلعة للآمر. وقال مالك: السلعة للوكيل ويصدق أنه اشتراها لنفسه. ابن زرقون: هذا مبني على أصل هل للوكيل أن يعزل نفسه؟ فالمشهور أن ذلك له إذا لم يوكل بأجر، ابن رشد: إن كانت الوكالة بعوض فهي إجارة تلزمهما جميعاً ولا تجوز إلا بإجرة مسماة وأجل مضروب وعمل معروف، وإن كانت بغير عوض فهي معروف من الوكيل يلزمه إذا قبل الوكالة ما التزمه وللموكل أن يعزله متى شاء إلا أن تكون الوكالة في الخصام. ابن بشير: إن كانت الوكالة جبراً كالوصية وولاية اليتيم لم يكن للوكيل الانصراف بعد موت الموصي وإن كانت اختياراً، فإن كانت بثمن، فإن كان على سبيل الإجارة فالمشهور أنه ليس لأحد من المتعاقدين عليها الرجوع، وإن كانت على سبيل الجعالة فقيل إنها لازمة من الطرفين، وقيل منحلة من الطرفين، وقيل لازمة للجاعل دون المجعول له انتهى. وانظر قول خليل صحة الوكالة ولم يذكر حكمها. وقال ابن عرفة: حكمها لذاتها الجواز وقد يعرض لها سائر الأحكام بحسب متعلقها. وانظر فيه لم منع من وكل على سلم فأسلمه لنفسه كمن اشترى سلعة ثم أخذ قراضاً يدفعه في ثمنها كالوصي يشتري تركه الموصي؟ وقد أجاز مالك فيمن خرج حاجاً أو غازياً فبعث معه بمال يعطيه كل منقطع فاحتاج هو، لا بأس أن يأخذ منه كشراء الوصي لبعض من يلي من بعض، وانظر فيه هنا أن الوصي لا يبرأ من دفع ما بيده إلا ببينة وهو مصدق في دعوى التلف كما

باب الإقرار

يُؤاخَذُ الْمُكَلَّفُ، بِلاَ حجْرٍ بِإِقْرَارِهِ

سيده. وأما إن كان العبد مأذوناً له في التجارة والسعي في مثل هذا والنيابة فيه من مصالح تجارته ومن جملة ما تضمنه إذن السيد له فيه فإنه لا أجرة على من وكله انتهى. ونحوه اللخمي.

كتاب الإقرار

قال في الذخيرة: وهذه المادة هي الإقرار والقرار والقر والقارورة ونحو ذلك من السكون والثبوت، لأن الإقرار يثبت الحق، والمقر أثبت الحق على نفسه، والقرار السكون، والقر البرد وهو يسكن الدماء والأعضاء، والقارورة يستقر فيها مائع انتهى. ومنها قاعدة الإقرار والدعوى والشهادة كلها إخبارات. والفرق بينها أن الإخبار إن كان يقتصر حكمه على قائله فهو الإقرار، وإن لم يقتصر فإما أن لا يكون للمخبر فيه نفع وهو الشهادة، أو يكون هو الدعوى انتهى. وقال السبكي في نكته في تفسير القرآن العظيم: قوله تعالى ﴿ثم أقررتم وأنتم تشهدون﴾ [البقرة: ٨٤] يدل على تغاير الإقرار والشهادة. انتهى وفيه خلاف. وفي المدونة: إن الإقرار شهادة. وقال ابن عرفة: الإقرار لم يعرفوه وكأنه عندهم بديهي، ومن أنصف لم يدع بداهته لأن مقتضى حال مدعيها أنه قول يوجب حقاً على قائله. والأظهر أنه نظري فيعرف بأنه خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو بلفظ نائبه، فيدخل إقرار الوكيل وتخرج الإنشاءات كـ«بعت» و«طلقت» ونطق الكافر بالشهادتين ولازمهما عنها الإخبار ككنت بعت وطلقت وأسلمت ونحو ذلك. والرواية والشهادة وقوله «زيد زانٍ» لأنه وإن أوجب حكماً على قائله فقط فليس له هو حكم مقتضى صدقه انتهى. ص: (**يؤاخذ المكلف بلا حجر بإقراره**)

يصدق أيضاً في الدفع إن طال الزمان كالبياعات بغير كتب وثيقة إذا مضى من الزمان ما العادة عدم تأخير قبض الثمن إليه قبل قبول المشتري. وانظر هنا أيضاً أن للوصي توكيل غيره في حياته وبعد مماته بخلاف الوكيل. وانظر أنه إذا وكل غيره لا يلزمه مساواته له في الأمانة، وهل ينعزل الوكيل بطول مدة التوكيل، ويمنع ذو اللدد والشغب من التوكيل، ومن لهما حق قبل رجل ليس لهما أن يخاصمه هذا مرة وهذا مرة كما لا يوكل على الخصام وكيلين. ابن شاس.

كتاب الإقرار

وفيه أربعة أبواب. الأول في أركانه وهي المقر والمقر له والمقر به والصيغة. الباب الثاني في الأقارير المجملة وهي سبعة. الباب الثالث في تعقب الإقرار بما يدفعه وله صور سبعة. الباب الرابع في الإقرار بالنسب (**يؤاخذ المكلف بلا حجر بإقراره**) ابن شاس: المقر ينقسم إلى مطلق ومحجور. فالمطلق

....

ش: خرج بالمكلف إقرار المكره فإنه غير مكلف على الصحيح. وقال القرطبي في شرح مسلم في آخر باب الديات: شرط صحة الإقرار أن لا يكون بإكراه، وأما المحبوس والمتهدد فاختلف في أخذه بإقراره، واضطرب المذهب في إقراره بعد الحبس والتهديد هل يقبل جملة أو لا يقبل جملة، أو الفرق فيقبل إذا عين ما اعترف به من قتل وسرقة، أو لا يقبل إذا لم يعين. ثلاثة أقوال انتهى. وقال الدماميني في شرح البخاري في قوله: «زملوني فزملوه حتى ذهب عنه الروع». وعن الإمام مالك: إن المذعور لا يلزمه ما صدر منه في حال ذعره من بيع وإقرار وغيره. انتهى بلفظه.

مسألة: امرأة ادّعت على أخيها بميراثها من أبيها في أملاك سمتها، فقال وكيل الأخ إن أخاها قد قاسمها جميع الأملاك وقبضت حصتها من ذلك. فقال ابن رشد في نوازله: إن كان الأخ جعل لوكيله الإقرار فقوله إن موكله قد قاسم أخته في جميع الأملاك التي وقف عليها إقرار منه عليه بمشاركة أخته له في جميعها، فيقضي لها بميراثها في سائرها إن كانت في يديه انتهى. وفي مسائل الأقضية من البرزلي عن ابن أبي زيد: إن من طلبت منه أخته ميراثها من أملاك أبيها فقال بيدي ربع ملكته من أبي وربع ملكته بكسبي. وغفل عنه حتى مات: إن على ورثته إثبات ما ادعى أنه استفاده بعد موت أبيه وإلا حلفت ما علمت بما استفاده وقسم بينهما انتهى.

فرع: قال في الكافي في كتاب الوكالة عن ابن خويز منداد: وقد اتفق الفقهاء فيمن قال ما أقر به علي فلان فهو لازم لي أنه لا يلزمه انتهى.

فرع: يتعلق بحكم الإقرار بالمجمل. قال في وثائق الجزيري في إقرار الزوج لزوجته والسيد لأم ولده يقول: أشهد فلان أن جميع ما يغلق عليه باب البيت الذي يسكنه مع زوجته فلانة أو مع أم ولده من الوطاء والغطاء والثياب والتوابيت والمواعين والحلي والأثاث لزوجته فلانة ما لها ومن كسب يدها، لا حق لي معها في شيء منه بوجه من الوجوه. ثم قال فيه: يجوز إقرار الزوج لزوجته والسيد لأم ولده، فإن سمى ما أقر به كان أتم، وإن أجمل جاز. فإن مات وادعى الورثة أنه للميت اكتسبه بعد الإشهاد فعليهم البينة ولا يمين عليها إلا أن يقطعوا أنه اكتسب شيئاً معلوماً يسمونه بعد تاريخ الإشهاد فلهم عليها اليمين ولها ردها عليهم انتهى. قاله في باب الوصايا، فصريح كلامه أن الإقرار بالمجمل يصح. ولابن رشد في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب الشهادات الثاني ما يخالفه، ونص السماع مسألة: وسئل عن الذي يشهد لامرأته أن كل شيء يغلق عليه باب بيتها فهو لها إلا أن يكون اشترى لها من متاع الرجال شيئاً وأشهد لها. فقال: سواء أشهد لها أو لم يشهد لها، ما في البيت مما يعرف أنه متاع النساء فهو لها أنه إنما يشتريه لها. قال ابن رشد: المعنى في هذه المسألة أن المشهد لامرأته بهذه الشهادة توفي فقامت تدعي ما في البيت من متاع النساء والرجال فلم ير لها فيما أشهد لها به

....

منفعة إذا لم يشهد لها على شيء بعينه أنه لها، وإنما أشهد لها بما في بيتها، ولعل ما تدعيه من متاع الرجال لم يكن في بيتها يوم الإشهاد فقال: سواء أشهد لها أو لم يشهد لها ما في البيت مما يعرف أنه من متاع النساء فهو لها، يريد وما كان فيه من متاع الرجال فهو لورثته إلا أن يكون اشترى لها من متاع الرجال شيئاً فأشهد لها أنه إنما يشتريه لها. وفي قوله «إلا أن يكون اشترى لها» إلى آخر قوله، دليل على أنه لو أشهد لها على شيء بعينه من متاع الرجال أنه لها لم يكن لها وفي ذلك نظر، لأنه إن لم يعلم أصل الملك له صح الإقرار لها، وإن علم أصل الملك له كان إقراره هبة تصح لها بحيازتها إياها لكونها في بيتها وتحت يدها إلا ما في سماع أشهب من كتاب الصدقات والهبات في نحو هذه الحيازة أن هذا آل إلى الضعف، وهو القياس على مذهب ابن القاسم، لأن يد الزوج عنده هي المغلبة على يد الزوجة إذا اختلفا فيما هو من متاع الرجال والنساء، ولو قامت في حياته تدعي ما في بيتها من متاع الرجال وتحتج بما أشهد لها به من أن جميع ما في بيتها لها فناكرها في ذلك وادعى لنفسه وزعم أنه لم يكن في بيتها يوم أشهد لها بما أشهد وأنه إنما اكتسبه بعد ذلك، لوجب أن ينفعها الإشهاد ويكون القول قولها مع يمينها إلا أن يقيم هو البينة أنه اكتسب ذلك بعد الإشهاد، ويحتمل أن يكون معنى المسألة أنه أشهد لها بذلك في مرضه الذي مات فيه فلا يكون في بطلان الشهادة إشكال ولا في أنها لا يكون لها من متاع الرجال إلا ما أشهد عند اشترائه أنه إنما يشتريه لها فلا كلام انتهى. فقوله «فلم ير لها فيما أشهد لها به منفعة إذ لم يشهد لها على شيء بعينه» إلى آخر كلامه، صريح في أن الإقرار بالمجمل لا يصح. ونقل ابن سلمون في وثائقه في باب الوصايا فيه الخلاف عن ابن رشد وغيره. ونصه بعد أن تكلم على أم الولد: فإن قال في مرضه هذه ولدت مني ولا ولد لها، فإن كان له ولد من غيرها جاز إقراره وعتقت من رأس ماله وإلا لم يصدق ورقت. وكذلك إذا مات سيدها وقد كان أقر لها في صحته بجميع ما في بيتها من الثياب والماعون والحلي والقليل والكثير، فإنه يكون لها. وكذلك إن أشهد لها به مجملاً وإن لم يشهد لها بذلك فلا يكون لها إلا الشيء الخفيف مثل كسوتها وشبه ذلك. وإن ادعته وكان من زيها وهي في ذلك بخلاف الحرة ويكتب في ذلك عقداً أشهد فلان على نفسه أنه بريء من أم ولده فلانة من علقه كلها وتبعاته أجمعها، وأقر أنه لا مرفوع له عندها ولا مودع ولا في ذمتها ولا في أمانتها، وأن ما يغلق عليه موضع سكناها معه من الأثاث والمتاع وما بيدها من الحلي وغيره مما هو شاكلة النساء فهو مالها ومتاعها لا حق له معها في شيء من ذلك، فمن ادعى في شيء من ذلك بدعوى أو طالبها بمطلب بسببه في حياته أو بعد وفاته فمطلبه باطل ودعواه كاذبة، أو قصد تحليفها أو تحنيثها فالله حسيبه وسائله إشهاداً صحيحاً، وكذلك تعقد للزوجة إن نسبها إلى ذلك. وقد اختلف في موجب هذه الوثيقة، فقال ابن زرب: ذلك لها ويصح إشهاده بذلك ولا بد من اليمين. وحكى أن بعض الشيوخ كان يفتي بأن لا يمين عليها إلا أن

لأَهْلٍ لَمْ يُكَذِّبْهُ،

يحقق الورثة عليها ما يجب عليها فيه اليمين. قال: وهو ضعيف ولا بد فيه من اليمين. وقال ابن رشد: عقد مثل هذه الوثيقة لا يجوز وإقراره لا يصح وإشهاده وعدم إشهاده سواء. وهذا كله إذا كان الإشهاد في حال الصحة، وأما إذا كان الإشهاد وهو مريض فلا خلاف بينهم أنه لا ينفد. وسئل ابن زرب في ذلك أيضاً فقال: أما ما كان من زيها أو زيه فلا تأخذه إلا بعد يمينها، وأما ما كان من زيها فإنها تأخذه بلا يمين. وأفتى ابن وضاح المرسي بأن ذلك عام إلا في الذهب والفضة، وأما ما كان من ثيابه أو زيه أو عروض أو طعام فهو موروث إلا أن يعين ذلك في صحته ويعينه الشهود انتهى. ص: **(لأهل لم يكذبه)** ش: احترز بقوله: «لم يكذبه» مما إذا قال لا أعلم لي عليك شيئاً ثم رجع فقال نعم لي عليك فأنكر المقر، فإنه لا ينفعه إنكاره. نقله ابن عرفة عن النوادر. ونص النوادر: من أقر أن لفلان عليه ألف درهم فقال ما لي عليك شيء فقد برىء بذلك، فإن أعاد المقر الإقرار بالألف فقال الآخر أجل هي لي عليك أخذته بها. قال سحنون: إذا قال لك علي ألف درهم فقال الآخر ما لي عليك شيء، ثم رجع فقال هي لي عليك فأنكرها المقر، فالمقر مصدق ولا شيء للطالب. ولكن إن قال الطالب ما أعلم لي عليك شيئاً ثم قال نعم هي لي عليك فأنكر المقر، فهاهنا يلزمه اليمين ولا ينفعه إنكاره. وإن قال هذه الجارية غصبتها من فلان فقال فلان ليست لي، لم يلزم المقر شيء، فإن أعاد الإقرار فادعاها الطالب دفعت إليه. ولو قال هذا العبد لك فقال الآخر هو ليس لي ثم قال هو لي قبل أن يعيد المقر الإقرار، لم يكن له العبد ولم تقبل بينته عليه إن أقامها لأن برىء منه انتهى. وحصل ابن رشد في ذلك ثلاثة أقوال ونصه إثر قول العتبية في رسم يوصى من سماع عيسى من الدعوى والصلح: وسئل عن الرجل يقول للرجل المائة دينار التي استودعتكها، فيقول ما استودعتنيها ولكن أعطيتنيها قراضاً وهذه مائة دينار ربحت فيها فلك منها خمسون، فأبى أن يأخذ الخمسين قال: إن أبى أن يأخذها حبسها واستأنى سنين لعله أن يأخذها، فإن أبى أن يأخذها تصدق بها. قيل له: إن مات فأحب ورثته أن يأخذوها؟ قال: يأخذونها إن شاؤا إذا أحب المقر أن يدفعها إليهم. قلت: ولا يقضى عليه بدفعها إلى ورثته؟ قال: لا يقضى عليه بدفعها إليهم. قال ابن رشد: هذه مسألة يتحصل فيها ثلاثة أقوال: أحدها أنه ليس له أن يأخذ

ينفد إقراره في كل ما يقر به على نفسه، في ماله وبدنه. والمحجور ستة أشخاص: الصبي . وإقراره مسلوب قطعاً مطلقاً، نعم لو ادعى أنه بلغ بالاحتلام وفي وقت إمكانه لصدق إذ لا يمكن معرفته إلا من جهته . والمجنون . هو مسلوب العقل مطلقاً . والمبذر والمفلس والعبد والمريض. **(لأهل)** ابن شاس: من شرط المقر له أن يكون أهلاً للاستحقاق، فلو قال لهذا الحجر أو لهذا الحمار علي ألف لبطل **(لم يكذبه)** ابن شاس: من شرط المقر له أيضاً أن لا يكذب المقر، فإن كذبه لم يسلم إليه ويتركه في يد

وَلَمْ يُتَّهَمْ، كَالْعَبْدِ فِي غَيْرِ الْمَالِ،

الخمسين التي أقر بها إلا أن يكذب نفسه ويرجع إلى تصديقه، وهو الذي يأتي على ما لابن القاسم في كتاب الرهون من المدونة وما لأشهب في كتاب إرخاء الستور منها وهو أحد قولي سحنون. والثاني أنه ليس له أن يأخذ الخمسين وإن رجع إلى تصديقه وكذب نفسه إلا أن يشاء أن يدفعها إليه باختياره، وهو ظاهر قول ابن القاسم ها هنا وفي ورثته إن مات ونص ما في رسم لم يدرك من سماع عيسى من كتاب النكاح، والثالث أن له أن يأخذها وإن كان مقيماً على الإنكار، وهو قول سحنون في نوازله من كتاب الاستلحاق. وإنما يكون له على القول بأن يأخذها إن كذب نفسه ورجع إلى تصديق صاحبه ما لم يسبقه صاحبه بالرجوع إلى قوله وتكذيب نفسه، فتحصل من القول إن من سبق منهما بالرجوع إلى قول صاحبه كانت له الخمسون دون يمين وبالله التوفيق، انتهى. وانظر آخر كتاب السرقة من المدونة فيمن أقر أنه سرق فلاناً وكذبه، ومسألة إرخاء الستور والنكاح الثالث فيما إذا أقر الزوج بالوطء وأنكرته المرأة، ومسألة كتاب الرهون في اختلاف البائع والمبتاع في الأجل والثمن.

مسألة: قال في الذخيرة في كتاب الدعوى.

فرع: قال أشهب: إن قلت بعتك هذا العبد ودبرته وأنكر لزمك التدبير وتأخذ الثمن من خدمته التي تدعي إلا أن يقر فتعطيه ما بقي منه، فإن استوفيت بقي مدبراً مؤاخذة لك بإقرارك، فإن مت وهو يخرج من الثلث عتق وإن كان عليك دين. انتهى والله أعلم. ص: **(كالعبد في غير المال)** ش: وأما في المال فلا يقبل إقراره. قال في المدونة: كقول مالك في ثوب بيد العبد

المقر. ابن عرفة: هذا نقل الشيخ عن سحنون **(ولم يتهم)** انظر إن كان عنى بهذا الإقرار لمن عرف بالقهر فيكون المقام على الذي يعود فاعل يكذب. قال أبو عمر: إقرار غير المحجور جائز لا يلحقه فيه تهمة ولا يظن به توليج ولا يحتاج لمعاينة قبض إلا أن يكون المقر له ممن يعرف بالقهر والتعدي. اهـ من الكافي. وفي نوازل ابن الحاج: ومن أقر بشيء لرجل فهو كالهبة إن لم يقبضه حتى مات بطل. وقال ابن الحاجب: لا يقبل إقرار المريض لمن يتهم عليه، وقد تقدم في الغريم منع إقراره لمتهم عليه. وسئل المازري عمن أوصى بثلثه ثم اعترف بدنانير لمعين فأجاب: إن اعترف في صحته حلف المقر له يمين القضاء وأخذ الدنانير من رأس المال، وإن اعترف في مرضه ولا وارث ولا تهمة فكذلك، وإن كانت ثم تهمة صداقة ونحوها بطل الإقرار على قول مالك وابن القاسم، ويمضي من الثلث على قول غيرهما. وانظر إذا أقر في صحته لولده أو لأمواته ومات بعد سنين قال ابن رشد: المعلوم من قول ابن القاسم ومالك المشهور في المذهب أن الإقرار ثابت. وعن ابن كنانة والمخزومي وابن أبي حازم ومحمد بن مسلمة أنه يتهم أن يقر بدين في صحته لمن يثق به من ورثته على أن لا يقوم عليه به حتى يموت فيكون وصية لوارث إلا أن يعرف ذلك عسى أن يكون قد باع له رأساً أو أخذ من ميراث أمة شيئاً. انظر رسم البراءة من سماع عيسى من الدعاء. **(كما للعبد في غير المال)** انظر هذا الإطلاق.

وَأَخْرَصَ، وَمَرِيض، إِنْ وَرِثَهُ وَلَدٌ لأَبْعَدَ أَوْ لِمُلاَطِفِهِ، أَوْ لِمَنْ لَمْ يَرِثْهُ، أَوْ لِمَجْهُول حالُهُ:

يقول فلان أو دعنيه وسيده يدعيه، فالسيد مصدق إلا أن يقيم فلان البينة انتهى. قال في النكت: قال بعض أصحابنا: ويحلف فإن قال هو لي حلف على ألبت، وكذلك إن قال لعبدي اعلم أصل شرائه أو ملكه. وأما إن قال هو بيد عبدي أو جوزه فيحلف ما أعلم لك فيه حقاً انتهى. وهذا في غير المأذون له يؤخذ ذلك من قول المصنف «بلا حجر» لأن المأذون له غير محجور عليه فإقراره جائز فيما بيده، وما جاوز ذلك فهو في ذمته وليس للسيد فسخه. وكذلك ما كان بيده من وديعة أو أمانة فاستهلكه فهو في ذمته وليس للسيد فسخه. قاله في كتاب المأذون له من المدونة. وأما غير المأذون له فلا يصح إقراره ولا يلزمه في ماله ويكون في ذمته إن عتق إلا أن يسقطه السيد أو السلطان. قاله في الكتاب المذكور. **ص: (ومريض) ش:** قال في المدونة في كتاب الحمالة: وما أقر به المريض أنه فعله في صحته من عتق أو كفالة أو حبس أو صدقة أو غيره لوارث أو غيره، فإقراره باطل ولا يجوز ذلك في ثلث ولا غيره ويكون ميراثاً. وإن أوصى مع ذلك بوصايا كانت الوصايا في ثلث ما بقي بعد ذلك، فإن ضاق الثلث عن وصيته ولم تدخل الوصايا في شيء مما أقر به انتهى. قال في الذخيرة: وقوله في العتق «لا يلزم في ثلث ولا غيره» هو كذلك إلا أن يقول انفذوا هذه الأشياء فتخرج من الثلث انتهى. وما ذكره في المدونة من الإقرار في المرض بالكفالة في الصحة فيه كلام الشيوخ، فانظر ابن يونس وأبا الحسن والله أعلم. **ص: (أو لملاطفه أو لمن لم يرثه) ش:** يعني لقريب لا يرثه ولا يريد بذلك الأجنبي لأنه يوهم حينئذ أنه يشترط في صحة إقراره للأجنبي أن يرثه ولد وليس كذلك، فإن إقراره للأجنبي جائز سواء كان له ولد أو لم يكن وعلم ذلك من تقييده بالولد، ولا بد من أن يكون ليس عليه دين محيط لغير الملاطف والقريب الذي لم يرثه وإلا فلا يقبل إقراره لما قدمه في باب التفليس أنه لا يقبل إقراره لمن يتهم عليه إذا أحاط الدين بماله. **ص: (أو لمجهول حال) ش:** سواء أوصى أن يتصدق به عن صاحبه أو يوقف، هكذا قال في البيان ونقله في التوضيح. وقول الشارح «إن أوصى أن يتصدق به أو يوقف لهم» يوهم إن ذلك شرط والله أعلم.

ابن عرفة: حجر الرق يعني غير المأذون له والمكاتب يلغي الإقرار في المال لا البدن. وفي جنايتها إن أقر عبد بما يلزمه في جسده من قطع أو قتل أو غيره صدق فيه وما آل إلى غرم سيده لم يقبل إقراره. ابن سحنون: وقال مالك وأصحابه إقرار المأذون له من عبد أو مدبر أو أم ولد بدين أو وديعة أو عارية أو غصب لازم. وفي الموازية: وإقرار المكاتب ببيع أو دين أو وديعة جائز **(أو أخرس)** انظر الوكالة عند قوله بما يدل عرفاً فإني أجد غير ما ذكرته هناك **(ومريض إن ورثه ولد للأبعد أو لملاطفه أو لمن لم يرثه أو لمجهول حاله)** ابن رشد: إن أقر المريض لوارث أبعد ممن لم يقر له من الورثة مثل أن يقر بعصبة وله أب أو لأخ لأم وله أخ شقيق أو لأب وله أم جاز إقراره اتفاقاً، وإن أقر لصديق ملاطف أو لقريب

كَزَوْجٍ عُلِمَ بُغْضُهُ لَهَا أَوْ جُهِلَ، وَوَرِثَهُ، آبْنٌ

تنبيه: ظاهر كلام المصنف أنه إذا لم يكن له ولد لا يصح إقراره للمجهول وفي ذلك ثلاثة أقوال، ذكرها في البيان والمقدمات ونقلها في التوضيح، وليس فيها قول بعدم الصحة مطلقاً كما يفهم من كلام المصنف. الأول أن إقراره جائز إن أوصى أنه يوقف حتى يأتي له طالب، وإن أوصى أن يتصدق به عنه لم يصح لا من الثلث ولا من غيره، والقول الثاني أنه من الثلث، والقول الثالث أنه إن كان يسيراً فمن رأس المال، وإن كان كثيراً لم يجز من رأس المال ولا من الثلث.، وظاهر كلام صاحب الشامل أن فيها قولاً بالبطلان وكأنه اعتمد على ظاهر كلام المصنف. ص: **(كزوج علم بغضه لها أو جهل إلى آخره)** ش: سئلت عن رجل أقر أن جميع ما بيد زوجته من قماش وكذا وكذا ملك لها لاحق له فيه وكتب بذلك خطه في شهر شوال. ثم لم يزل حياً إلى أن توفي في صفر من السنة الثانية وانحصر إرثه في زوجته وبنت وبيت المال، فوضعت زوجته المذكورة يدها على أعيان كثيرة مما كان للمقر من كتب ومصاغ وكذا وكذا، وادعت أن ذلك كله مما يشمله الإقرار، فإذا ادعى وكيل بيت المال أو وارث أو مدع شرعي على الزوجة أن جميع ما وضعت يدها عليه مما ذكر أعلاه لم يكن بيدها حين الإقرار المذكور هل تسمع دعواه بذلك؟ وإذا قلتم تسمع، فإذا وقعت الدعوى بذلك، فهل عليها إقامة البينة أو يمين شرعية؟ فأجبت: تسمع الدعوى على المرأة المذكورة بما ذكره وعلى المدعي إقامة البينة بأنها وضعت يدها بعد الإقرار، فإن لم تقم له البينة فله تحليفها على ذلك، وإن اتهمها فإن الإقرار لا حقيقة له وإنما مراده تخصيصها بما

غير وارث فقيل يجوز مطلقاً، وقيل لا يجوز إقراره إلا إن ورثه ولد. والقولان قائمان من المدونة. وإن أقر لمجهول، فإن ورث بولد جاز من رأس ماله، وإن ورث بكلالة ففي كونه من الثلث مطلقاً، أو من رأس المال إن قل وإن كثر بطل ثالثها إن أوصى بوقفه حتى يأتى طالب جاز من رأس المال، وإن أوصى أن يتصدق به عنهم بطل مطلقاً. انظر أنت هذا مع لفظ خليل **(كزوج علم بغضه لها)** ابن رشد: تحصيل إقرار الزوج لزوجه بدين في مرضه على منهاج قول مالك وأصحابه إن علم ميله لها وصبابته بها سقط إقراره لها، وإن علم بغضه لها وشنآنه لها صح إقراره، وإن جهل حاله معها سقط إقراره لها إن ورث بكلالة، وإن ورث بولد غير ذكر مع عصبة فسواء كن واحدة أو عدداً صغاراً أو كباراً من غيرها أو كباراً منها، يتخرج ذلك عندي على قولين: أحدهما أن إقراره لزوجته جائز، والثاني أنه لا يجوز من اختلافهم في إقراره لبعض العصبة إذا ترك ابنة وعصبة. وإن كان الولد ذكراً واحداً جاز إقراره، صغيراً كان أو كبيراً، منها أو من غيرها، أو إن كان الولد ذكوراً عدداً جاز إقراره إلا أن يكون بعضهم صغيراً منها وبعضهم كبيراً منها أو من غيرها فلا يجوز فإن كان الولد الكبير في الموضع الذي يرفع التهمة عن الأب في إقراره لهاعاً قاله لم يرفع تهمته، وبطل إقراره على إحدى الروايتين في المدونة، وإن كان بعضهم عاقاً وبعضهم باراً تخرج على الخلاف **(أو جهل به وورثه ابن)** تقدم نص ابن رشد: إن جهل حاله معها سقط إقراره لها إن ورث بكلالة، وإن ورثه ولد ذكر واحد جاز إقراره،

أَوْ بُنُونَ، إِلاَّ أَنْ تَنْفَرِدَ بِالصَّغِيرِ، وَمَعَ الإِنَاثِ وَالعَصَبَةِ، قَوْلاَنِ كَإِقْرَارِهِ لِلْوَلَدِ الْعَاقِّ أَوْ لأُمِّهِ، أَوْ لأَنَّ مَنْ لَمْ يُقِرَّ لَهُ أَبْعَدُ وَأَقْرَبُ، لاَ الْمُسَاوِي وَالأَقْرَبِ،

ذكره فله تحليفها على ذلك. هذا إذا كان الإقرار في الصحة. وأما إن كان في المرض فهو باطل إذا علم ميله لها، وإن علم بغضه لها فالإقرار صحيح، وإن جهل حاله وكان له منها ولد صغير فهو باطل، وهذا كله فيما عدا الديون السابقة على الإقرار فإنها مقدمة على من أقر به بلا خلاف. وانظر ابن سلمون في البيوع في بيع التوليج والتصيير وفي كتاب الإقرار والوصايا. ص: **(ومع الإناث والعصبة قولان)** ش: يعني أنه إذا أقر للزوجة التي جهل بغضه لها ولم يكن لها ابن ولا بنون، وإنما كان لها بنات وعصبة، ففي صحة إقراره لها قولان، وسواء كانت البنات واحدة أو أكثر صغاراً أو كباراً، إذا كن من غيرها أو كباراً منها. وأما إن كن صغاراً منها فلا يجوز إقراره لها قولاً واحداً. قاله ابن رشد في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب التفليس، وهذا مستفاد من قول المصنف أولاً «إلا أن تنفرد بالصغير» ونقل في التوضيح كلام ابن رشد والله أعلم. ص: **(أو لأمه)** ش: هذا كأنه مستثنى من قوله إنه يصح إقراره للزوجة التي جهل بغضه لها إذا كان لها ابن أو بنون كما قال إلا أن يكون الولد عاقاً ففي صحة إقراره للزوجة قولان، صرح بهما ابن رشد ونقلهما في التوضيح إلا أن المصنف قيد ذلك بقوله «لأمه»، وابن رشد فرضه في الزوجة كانت أمه أم لا. ص: **(لا المساوي والأقرب)** ش: تصوره ظاهر.

مسألة: من باع من بعض ولده داراً أو ملكاً وذكر في العقد أنه باعه ذلك بيعاً صحيحاً بثمن قبضه فقام باقي الورثة على المشتري فذكروا أن البيع ليس بصحيح وأنه لم يدفع فيه ثمناً وأنه توليج من الأب إليه، فلا وجه لدعواهم عليه ولا يمين عليه إلا أن يثبتوا أن الأب كان يميل إليه فتتعلق اليمين عليه.

صغيراً كان أو كبيراً، منها أو من غيرها **(أو بنون إلا أن تنفرد بالصغير)** تقدّم نص ابن رشد: إذا جهل حاله معها وورث بولد وكان الولد ذكوراً عدداً أن إقراره لها جائز إلا أن يكون بعضهم صغيراً منها **(ومع الإناث والعصبة قولان)** تقدّم نص ابن رشد: إن كان الولد إناثاً يرثه مع العصبة، فسواء كن واحدة أو عدداً تخرج عندي على قولين **(كإقراره لولده العاق)** ابن رشد: إن أقر لوارث قرب منه كسائر الورثة كأحد أولاده أو إخوته أو بني عمه أو أقرب من سائرهم كإقراره لابنته وله عصبة أو لأخ شقيق وله أخ لأم أو لأمه وله أخ شقيق سقط اتفاقاً قال في الموازية: وهذا إن لم يكن له سبب يدل على صدقه كأن يكون المقر له عاقاً، ومن لم يقر له باراً به فإقراره جائز كالزوجة يقر لها وقد عرف البغض والشنآن منه لها. وقيل: لا يجوز بخلاف الزوجة على اختلاف الرواية في المدوّنة **(أو لأمه أو لأن من لم يقر له أبعد وأقرب)** ابن رشد: إن كان ممن لم يقر له من ورثته بعضهم أقرب إليه من المقر له وبعضهم أبعد منه كإقراره لأمه وله ابنة وأخ ففي جوازه قولان. وهذا الخلاف أيضاً إذا كان بعضهم أقرب إليه من المقر له كإقراره لبعض إخوته وله ابنة **(لا المساوي والأقرب)** تقدّم نص ابن

كَأَخِّرْنِي لِسَنَةٍ، وَأَنَا أُقِرُّ، وَرَجَعَ لِلْخُصُومَةِ.

تنبيه: قالوا: ولو شهدت البينة بمعاينة القبض لم تترتب يمين على الابن وإن شهدت البينة بميل الأب إليه وانحرافه عن سائر ولده، وإن كان الأب أقر بعد ذلك بالتوليج لم يضر ذلك الابن انتهى. من معين الحكام وفي وثائق الغرناطي: ولا يثبت التوليج إلا بإقرار المولج إليه. انتهى من المسائل الملقوطة.

فرع: في حكم من أقر بشيء في صحته لبعض ورثته فيقدم المقر له بعد موت المقر ويقيم البينة على الإقرار، قال في رسم البراءة من سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح: وسألته عن الرجل يقر لولده ولامرأته ولبعض من يرثه بدين في الصحة ثم يموت الرجل بعد سنين فيطلب الوارث الدين الذي أقر له به قال: ذلك له إذا أقر به في الصحة، امرأة كانت أو ولداً، فما أقر له به في الصحة فذلك له. ابن رشد: هذا هو المعلوم من قول ابن القاسم وروايته عن مالك المشهور في المذهب. ووقع في المبسوط لابن كنانة والمخزومي وابن أبي حازم ومحمد بن مسلمة أنه لا شيء له وإن أقر له في صحته إذا لم يقم عليه بذلك بينة حتى هلك إلا أن يعرف سبب ذلك عسى أن يكون قد باع له أصلاً أو أخذ من موروث أمه شيئاً، فإن عرف ذلك وإلا فلا شيء له وهو قول له وجه من النظر، لأن الرجل يتهم أن يقر بدين في صحته لمن يثق به من ورثته على أن لا يقوم به حتى يموت فيكون وصية لوارث وبالله التوفيق انتهى. وقال في آخر سماع أصبغ من كتاب الوصايا: وسئل عن الرجل يموت فيترك عمه وأمه وتقوم الأم بدين لها كان أقر لها به في الصحة قال: لا كلام للعم. قلت: أرأيت إن طلب منها اليمين أن ذلك كان توليجاً، قال أصبغ: أما في الحكم فلا يلزمها. قال ابن رشد: هذا هو المشهور في المذهب أن إقرار الرجل لوارثه بالدين في الصحة جائز وإن لم يقم به إلا بعد موته. وقال ابن كنانة: يجوز له إقراره لها في حياته ولا يجوز له بعد وفاته لا أن يعرف لذلك سبب مثل أن يكون باع له رأساً أو أخذ له موروثاً، وبه قال المخزومي وابن أبي حازم ومحمد بن مسلمة. وقول أصبغ في اليمين إنها لا تلزمها في الحكم يريد من أجل أنها يمين تهمة، فقوله على القول بسقوط يمين التهمة والأظهر في هذه المسألة لحوق اليمين مراعاة لقول من لم يعمل الإقرار بعد الموت والله أعلم اهـ وصرح ابن سلمون بلزوم اليمين إن ثبت ميل الميت للمقر له. ذكره في فصل التصيير في ترجمة البيوع. ومثل الإقرار بالدين ما إذا صير الأب لابنه داراً أو عرضاً في دين أقر به له، فإن كان يعرف سبب ذلك الدين جاز له التصيير، سواء كان في الصحة أو في المرض، وإن لم يعرف أصله فحكمه حكم الإقرار بالدين، فإن كان في الصحة ففيه قولان. أحدهما: أنه نافذ ويأخذه من تركته في الموت ويحاص به الغرماء. وهو قول ابن القاسم في المدونة والعتبية. قال المتيطي: وعليه العمل. والثاني: أنه لا يحاص به الغرماء

رشد: إن أقر لوارث قرب منه كسائر الورثة أو أقرب سقط إقراره (**كأخرني إلى سنة وأنا أقر ورجع لخصومته**) من الاستغناء: إن قال أقبضني المائة التي لي قبلك فذكر فروعاً إلى إن قال ما نصه: فإن قال

ولا يأخذه من التركة، وهو قول المدنيين. انتهى من ابن سلمون. فتحصل من هذا أن الإقرار للوارث بشيء إذا قام به المقر له بعد موت المقر وشهدت به البينة، فإن كان يعرف وجه ذلك أو سبب يدل عليه جاز ذلك، وسواء كان الإقرار في الصحة أو في المرض، وإن لم يعرف وجهه ولا سببه وكان الإقرار في الصحة ففيه قولان: أحدهما: إنه نافذ ويؤخذ من تركته في الموت ويحاص به الغرماء في الفلس، وهو قول ابن القاسم في المدونة والعتبية: والثاني: أنه لا يحاص به الغرماء في الفلس ولا يأخذه من التركة في الموت. وهو قول المدنيين للتهمة عندهم. قال ابن رشد: لا يحاص به على قول ابن القاسم إلا مع الدين الذي استدانه بعد الإقرار، وأما القديم قبل الإقرار فإن ثبت ميله إليه فيلزم المقر له اليمين على صحة ترتب ذلك قبله. واختار ابن رشد إبطال الإقرار بالدين مراعاة لقول المدنيين والله أعلم.

مسألة: وإن ولاه ما اشتراه بثمن كثير بثمن يسير أو أشهد أنه باعه منزله بشيء يسير وهو يساوي شيئاً كثيراً، فذلك توليج كما صرح به في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم من كتاب الصدقات والهبات، وفي رسم كتب عليه ذكر حق، وفي سماع أصبغ الثاني الواقع بعد سماع أبي زيد منه. واختلف بعد ذلك هل يبطل ذلك مطلقاً وهو قول أصبغ، لأنه لم يسم هبة فيكفي فيه الحوز وعزاه لابن القاسم، أو يكون كالهبة إن حازه الأب له حاز وهو قول مالك وغيره، وأما إذا أقر له بشيء في يده من مال أو متاع فحكمه حكم الهبة. قال ابن رشد في أول رسم من سماع أصبغ من كتاب الوصايا: إقرار الرجل بما في يديه من الدور والمتاع التي لا يعرف ملكه لها إنها لابنه من ميراثه في أمه كإقراره له في مرضه بالدين من ذلك لا يجوز إلا أن يشبه قوله ويعرف وجه إقراره أنه كان لأمه من المال نحو ما أقر به، وكذلك في كتاب ابن المواز إن أقر الرجل في مرضه بالدين لابنه لا يقبل منه إلا أن يكون لذلك وجه أو سبب يدل، وإن لم يكن قاطعاً، ولو كانت الدور التي أقر أنها لابنه من ميراثه في أمة يعرف ملكه لها لم يجز إقراره لابنه بها في مرضه على حال، ولو أقر له بها في صحته لكان إقراره له بها كالهبة تصح له إن حازها بيد تحويز الآباء لمن يلزمهم من الأبناء على ما في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم من كتاب الصدقة والهبة، وفي غيره من المواضع خلاف قول أصبغ في سماعه منه انتهي. يعني أن أصبغ يقول: لا يصح ذلك للابن ولو حازه الأب لأنه لم يسمه هبة. وقال ابن رشد في آخر رسم الوصايا من سماع أشهب من كتاب الوصايا إقرار الرجل في صحته أو في مرضه بما يعرف ملكه له من شيء بعينه أنه لفلان وفلان، وارث أو غير وارث، يجري مجرى الهبة والصدقة ويحل محلها) ويحكم له بحكمها إن حاز ذلك المقر له به في صحة المقر جاز له وإلا لم يجز. هذا مما لا اختلاف فيه أحفظه إلا أن يكون أقر له بذلك على سبيل الاعتذار فلا يلزمه حسبما مضى القول فيه في رسم البز من سماع ابن القاسم من كتاب الصدقات والهبات، وفي رسم العشور من سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح، وانظر نوازل ابن رشد في مسائل البيوع والمشذالي في آخر البيوع الفاسدة،

....

وأحكام ابن سهل، وقال البرزلي في كتاب الإقرار ما نصه عن نوازل ابن الحاج: من أقر بمال في يده أنه لرجل هو كالهبة، إن قام في صحته أخذه، وإن قام في مرضه أو بعد موته هو ميراث، قال البرزلي: قلت: الأظهر أنه بمنزلة إذا قال رجل أو وجد بخطه لفلان قبلي كذا وثبت إقراره أو خطه بلفظه «قبلي» وقد مرت قبل هذا، وهذا إذا لم يذكر سبباً انتهى. وله نحو ذلك في مسائل الهبة يشير إلى ما قدمه في مسائل القراض، وفي مسائل البيوع عن نوازل ابن الحاج أيضاً ونصه: إذا قال لرجل أو وجد بخطه لفلان قبلي كذا وثبت إقراره أو خطه فلفظه: «قبلي» محتملة أن يكون أوجب له قبله هبة أو صدقة فموته أو فلسه قبل القبض يبطلها بعد الاستظهار بيمين الورثة في الموت لا يعلمون موروثهم تصدق عليه ولا أوجبها قبله ولا أعلمهم بذلك، ويحتمل أن يكون لفظه «قبلي» يستوجب بها الحكم بالدين، وينبغي أن ينظر في حال الرجلين: فإن قال قبلي من سلف أو معاملة فلا إشكال في لزومه هنا انتهى.

مسألة: قال القرافي في قواعده في الفرق الثاني والعشرين بعد المائتين: إذا أقر الوارث أن ما تركه أبوه ميراث بينهم على ما عهد في الشريعة وعلى ما يحمل عليه الديانة، ثم جاء بشهود أخبروه أن أباهم أشهده أنه تصدق عليه في صغيره بهذه الدار وحاز هاله أو أقر أنه ملكها عليه بوجه شرعي، فإنه إذا رجع عن إقراره بأن التركة كلها موروثة، إلا هذه الدار المشهود له بها دون الورثة واعتذر بأخبار البينة له وأنه لم يكن عالماً بذلك بل أقر بناء على العادة، ومقتضى ظاهر الشريعة أنه تسمع دعواه ويقبل عذره ويقيم بينته ولا يكون إقراره السابق مكذباً للبينة وقادحاً فيها، لأن هذا عذر عادي يسمع مثله. انتهى كلام القرافي بلفظه: وسلمه ابن الشاط، وانظر ما قاله القرافي مع ما نقله في النوادر عن سحنون في كتاب ابنه في أواخر كتاب الدعوى والبينات في ترجمة المدعي يكذب ببينته ونصه: ومن كتاب ابن سحنون: وسأله شجرة عمن ادعى داراً بيد امرأة ابنه أنها لابنه تركها بين ورثته وسماهم، ثم جاء ببينة أخرى أن أباه أشهد له في صحته بنصفها صيره إليه في حق له قبله من قبل ميراثه لأمه وذلك عند مخرجه إلى الحج، ثم رجع فسكنها حتى مات، فقال له الحاكم قد ادعيتها أولاً ميراثاً والآن لنفسك، قال لم أعلم بهذه البينة الأخيرة. قال سحنون: لا يقبل منه، يريد لأنه كذب بينته بدعواه الأولى انتهى. فعلل عدم قبول دعواه الثانية بأنه كذب بينته بدعواه الأولى فتأمله معغ ما قاله القرافي والله أعلم. ونزلت مسألة وهي أن امرأة توفيت ولها زوج وإخوة وأب، فادعى بعض الإخوة أن بعض متخلفها ملك لأمهم، فأثبت الزوج أنه ملك لزوجته فادعى بقية الإخوة أنها أوصت له بتلك الحوائج، فهل دعواهم الأولى مكذبة لدعواهم الثانية أم لا؟ فأجبت بما صورته: إذا كان المدعي الوصية من الإخوة المدعين على الزوج أن الحوائج ملك لأمهم، فالظاهر أن ذلك مكذب لدعواهم الوصية فلا تسمع وإن كان المدعي للملكية أو غيرهم من الورثة فدعواه مسموعة والله أعلم. وسئلت أيضاً عمر أقر أنه لاحق له في هذه العزلة التي هي وقف من قبل فلانة وأنها لم تزل جارية في ملكها إلى حين وقفها ثم مات شخص قريب للمقر فادعى أن

وَلَزِمَ لِحَمْلٍ، إِنْ وُطِئَتْ، وَوُضِعَ لأَقَلِّهِ، وَإِلاَّ فَلأَكْثَرِهِ، وَسُوِّيَ بَيْنَ تَوْأَمَيْهِ،

لمورثه فيها حصة، فهل تسمع دعواه أم لا؟ فأجبت: إقرار الشخص أنه لا حق له في هذه العزلة التي هي وقف قبل فلانة وأنها لم تزل جارية في ملكها إلى حين وقفها مبطل لدعواه أن لمورثه فيها حصة والله أعلم. ص: **(ولزم الحمل)** ش: سواء أطلق الإقرار كقوله «لحمل فلانة ألف» أو قيده بقوله «ألف من هبة أو صدقة» ولا إشكال إذا قيد ذلك بوجه يصح للجنين كما ذكرنا، وأما إن قال «اقرضنيها» ونحو ذلك فذكر في التوضيح عن سحنون وابن عبد الحكم أنه يلزمه قال: وخرج عدم اللزوم من أحد القولين في مسألة من علق طلاق زوجته على مسألة الحجر، وخرج عدم اللزوم أيضاً فيما إذا طلق من الموازية انتهى. وقال ابن عرفة: المازري: في الإقرار لحمل إن قيده بما يصح كقوله «لهذا الحمل عندي مائة دينار من وصية أوصي له بها أو ميراث» صح، وإن قيده بما يمتنع بطل كقوله لهذا الحمل عندي مائة دينار من معاملة عاملني بها. وقال ابن سحنون: يلزمه وتقييده بما ذكر ندم ذكر. ثم عن المازري التخريج فيما إذا أطلق فتحصل فيما إذا قيده بوجه لا يصح للجنين قولان: لسحنون مع ابن عبد الحكم ونقل المازري. وفهم من كلام المصنف أن الإقرار لِصَبي لا يعقل أو لمجنون صحيح من باب أحرى وهو كذلك كما صرح به صاحب الشامل وغيره. قال ابن عرفة: وما أقر به لمجنون أخذه وليه أو السلطان، إن لم يكن له ولي انتهى. ص: **(ووضع لأقله)** ش: كذا في كثير من النسخ ونحوه لابن الحاجب وقد تعقبه ابن عبد السلام وابن هارون والمصنف. قال ابن عبد السلام: لأن حكم الستة في ذلك حكم ما زاد عليها اتفاقاً، وإنما تبع ابن الحاجب ابن شاس من غير تأمل وصوب ابن عرفة تعقبهم ثم قال: إلا أن لابن شاس وابن الحاجب في ذلك عذراً وهي أول مسألة من كتاب أمهات الأولاد، وذكر لفظ المسألة ثم قال: فالتعقب عليهما في لفظهما بما هو نص المدونة أخف من التعقب عليهما في لفظ هو من قبل أنفسهما انتهى. وانظر إذا كانت المرأة ظاهرة الحمل يوم الإقرار وتأخر أكثر من ستة أشهر، والظاهر أن ذلك لا يضر، ويلزم الإقرار للحمل كما قالوه في غير مسألة فتأمله والله أعلم. ص: **(وإلا فلأكثره)** ش: أي وإن لم تكن الأمة موطوءة فإن الإقرار يلزم لما تضعه لأكثر الحمل وهو أربع سنين أو خمس على الخلاف المتقدم في باب العدة. وانظر هل يعتبر أكثر الحمل من يوم وطئت أو من يوم الإقرار. قال ابن عرفة: ذكر المازري ما يدل على وجود الحمل يوم الإقرار وهو وضعه لأقل من ستة أشهر،

إن أخرتني بها سنة أقررت لك بها أو إن صالحتني عنها صالحتك لم يلزمه ويحلف. **(ولزم للحمل)** المازري: الإقرار للحمل إن قيده بما يصح كقوله لهذا الحمل عندي مائة دينار من وصية أوصى له بها أو من ميراث صح، وإن قيده بما يمتنع بطل كقوله لهذا الحمل عندي مائة دينار من معاملة عاملني بها **(أو وطئت ووضع لأقله وإلا فلأكثره وسوي بين توأميه)** ابن سحنون: من أقر بشيء لحمل، فإن ولدت لأقل من ستة أشهر من قوله لزمه له، وإن وضعته لأكثر من ستة أشهر وزوجها مرسل عليها لم يلزمه ما ذكر، وإن كان معزولاً عنها فقيل يجوز الإقرار إن وضعته لما تلد له النساء وذلك أربع سنين،

إِلاَّ لِتِبْيَانِ الْفَضْلِ بِعَلَيَّ، أَوْ فِي ذِمَّتِي أَوْ عِنْدِي، أَوْ أَخَذْتُ مِنْكَ، وَلَوْ زَادَ إِنْ شَاءَ الله، أَوْ قَضَى، أَوْ وَهَبْتَهُ لِي، أَوْ بِعْتَهُ، أَوْ وَفَّيْتَهُ، أَوْ أَقْرَضْتَنِي، أَوْ مَا أَقْرَضْتَنِي، أَوْ أَلَمْ تُقْرِضْنِي، أَوْ سَاهِلْنِي، أَوْ اتَّزِنْهَا

وما يدل على عدمه وهو وضعه لأكثر من أربع سنين من يوم الإقرار. قال: وإن وضعته لما بين هذين الوقتين وليست بذات زوج ولا سيد يطؤها حمل على أن الولد كان مخلوقاً لا تحل إضافته للزنا انتهى.

قلت: أول كلامه صريح في أن ذلك من يوم الإقرار، وآخر كلامه يدل على أن المعتبر في يوم وطئت لقوله: «حمل على أن الولد كان مخلوقاً لا تحل إضافته للزنا» وهذا هو الظاهر فتأمله والله أعلم. ص: **(أو وهبته لي)** ش: لأن ذلك دعوى. واختلف هل يحلف المقر له أم لا. قال

وإن وضع الحمل توأمين فالإقرار بينهما بالسوية **(إلا ببيان الفضل)** ابن شاس: لو قال أنا وصي والد هذا الحمل وله عليه مائة فالمائة عليه دين، وإن وضعت ذكراً وأنثى فالمال بينهما للذكر مثل حظ الاثنين، وإن كانت ذات الحمل زوجة فلها الثمن من ذلك، وإن ولدت ولداً ميتاً فالمال لعصبة الميت **(فعلي أو في ذمتي أو عندي)** ابن عرفة: الصيغة الصريحة في الإقرار «كتسلفت» و«غصبت» وفي «ذمتي» والروايات في «علي» كذلك. ابن شاس: وإذا قال لفلان عليّ أو عندي ألف فهو إقرار. ابن شاس: لقوله تعالى: ﴿أولئك لهم أجرهم عند ربهم﴾ [آل عمران: ١٩٩] وقوله: ﴿فقد وقع أجره على الله﴾ [النساء: ١٠٠] **(أو أخذت منك)** المازري: قوله أخذت هذا من بيت فلان أو داره وما يحوزه فلان بغلق أو حائط أو زرب ويمنع منه الناس ولا يدخل إلا بإذنه كإقراره بأخذه من يده فهو تمليك له، ولو قال من فندقه أو حمامه أو مسجده فليس بإقرار **(ولو زاد إن شاء الله)** ابن سحنون: أجمع أصحابنا إذا أقر فقال لفلان علي ألف درهم إن شاء الله وله عندي أو معي لزمته ولا ينفعه الاستثناء. ابن المواز وابن عبد الحكم: إذا قال إن شاء الله لم يلزمه شيء وكأنه أدخل ما يوجب الشك **(أو قضى)** ابن سحنون: لو قال عليّ ألف درهم إن قضى الله ذلك أو بذلك لزمه كقوله إن شاء الله **(أو وهبته لي أو بعته)** ابن الحاجب: مثل صيغة الإقرار وهبته لي أو بعته مني. ابن عرفة: هذا مقتضى نقل الشيخ عن ابن سحنون **(أو وفيته)** ابن شاس: لو قال له عليّ ألف قضيته لزمته الألف ولا يقبل قوله في القضاء. ابن المواز وابن عبد الحكم: وإن قال ألم أو فك العشرة التي لك عليّ فقال لا، فهو إقرار. محمد: ويغرم له العشرة بلا يمين إلا أن يرجع عن الاستفهام فيقول بل قضيتك فتلزمه اليمين **(أو أليس أقرضتني)** ابن سحنون: من قال لرجل أليس قد أقرضتني أمس ألف درهم فقال الطالب بلى أو نعم فجحده المقر، لزمه المال **(أو أما أقرضتني أو لم تقرضني)** ابن سحنون: ولو قال أما أقرضتني أو ألم تقرضني لزمه المال إن ادّعاه طالبه **(أو ساهلني أو اتزنها مني)** ابن سحنون وابن عبد الحكم: من قال لرجل اعطني كذا فقال نعم أو سأعطيك أو أبعث لك به وليس عندي اليوم أو أبعث من يأخذه مني فهو إقرار، وكذا أجلني به شهراً أو نفسني به. ابن شاس: ساهلني فيها دون نفسني بها لم أجده اهـ. نص ابن عرفة: ومن الاستغناء قال ابن عبد الحكم: إن قال اقضني العشرة التي لي عليك فقال: اتزن أو اجلس فانتقد ليس بإقرار إن حلف أنه لم ينسب ذلك إلى أنه الذي يدفع إليه، ولو قال:

مِنِّي، أَوْ لأَقْضِيَنَّكَ الْيَوْمَ، أَوْ نَعَمْ، أَوْ بَلَى، أَوْ أَجَلْ جَوَاباً لاَ لَيْسَ لِي عِنْدكَ، أَوْ لَيسَتْ لِي مَيْسَرَةٌ لاَ أُقِرُّ، أَوْ: عَلَيَّ، أَوْ: عَلَى فُلاَنٍ، أَوْ مِنْ أَيِّ ضَرْبٍ تَأْخُذُهَا مَا أَبْعَدَكَ مِنْهَا، وَفِي حَتَّى يَأْتِيَ وَكِيلِي وَشِبْهِهِ، أَوِ اتَّزِنْ، أَوْ خُذْ: قَوْلاَنِ: كَلَكَ عَلَيَّ أَلْفٌ فِيمَا أَعْلَمُ، أَوْ أَظُنُّ، أَوْ عِلْمِي،

الشارح في الكبير: ولعلهما جاريان على الخلاف في اليمين هل تتوجه على دعوى المعروف أم لا انتهى. ص: (لا أقر) ش: هو بـ«لا» النافية الداخلة على الفعل المضارع المثبت كما قال ابن غازي ومعناه ظاهر من كلامه وكلام الشارح.

مسألة: من ادعى عليه بشيء فلم يقر ولم ينكر بل قال عقب دعوى المدعي وأنا أيضاً لي عليك مال أو شيء سماه، فلا يكون ذلك إقراراً. نقله ابن فرحون عن المازري في الفصل السابع في الكلام على النيات.

مسألة: اختلف في السكوت هل هو كالإقرار أم لا، قال في العتبية في رسم العرية من سماع عيسى من كتاب التفليس مسألة: وسئل عن رجل جاء قوماً في مجلس فقال أنا أشهدكم أن لي على فلان كذا وكذا ديناراً وفلان ذلك مع القوم في المجلس فسكت ولم يقل نعم ولا لا، ولم يسأله الشهود عن شيء ثم جاء يطلب ذلك قبله فأنكر أن يكون عليه شيء قال: نعم ذلك لازم إذا سكت ولم يقل شيئاً. قال محمد بن رشد: اختلف في السكوت هل هو يعد إذناً في

اتزنها مني أو ساهلني فيها لزمته لأنه نسب ذلك إلى نفسه **(أو لأقضينك اليوم)** سحنون وابن عبد الحكم: من قال لرجل أعطني الألف درهم التي لي عليك فقال أنا أبعث بها اليوم إليك أو غداً أعطيكها فإنها تلزمه **(أو بنعم أو بلى أو حق جواباً لا ليس لي عندك)** انظر عند قوله «أو ليس قد أقرضتني». وقال ابن شاس: لو قال لي عليك عشرة فقال بلى أو أجل أو نعم أو صدقت أو أنا مقر بذلك أو لست منكراً له فهو إقرار. ولو قال أليس لي عليك ألف فقال بلى لزمته، ولو قال نعم فكذلك أيضاً. ابن عرفة: الأظهر أن هذا بالنسبة إلى العامي **(أو ليس لي ميسرة)** ابن شاس: إذا قال له اقضني العشرة التي لي عليك فقال ليست لي ميسرة أو أرسل رسولك يقبضها أو انظرني بها، فكله إقرار لزمه **(لا أقر)** من المفيد: لو قال أنا أقر لك بذلك بكذا على أني بالخيار ثلاثاً بالتمادي أو بالرجوع عن هذا الإقرار لزمه دماً كان أو طلاقاً **(أو عليّ أو على فلان)** محمد وابن عبد الحكم: من قال لرجل لك عليّ عشرة دراهم أو على فلان حلف ولا شيء عليه. وعلى أصل سحنون إن قال لك على كذا أو على فلان لزمه دون فلان **(أو من أي ضرب تأخذها ما أبعدك منها)** ابن سحنون: لو قال اقضني العشرة التي لي عليك فقال له اتزنها ما أبعدك منها فليس بإقرار **(وفي حتى يأتي وكيلي وشبهه أو اتزن أو خذ قولان)** ابن عرفة: لو قال حتى يأتي وكيلي وفي كونه إقرار قولا ابن سحنون وابن عبد الحكم. ولو قال له: اجلس فزن ففي كونه إقراراً نقلاً المازري عنهما **(كلك عليّ ألف فيما أعلم أو أظن أو علمي)** سحنون: من قال لفلان علي ألف درهم فيما أعلم أو في علمي أو فيما أظن أو فيما أحسب فهو إقرار ويلزمه. وقال ابن المواز وابن عبد الحكم: ليس بإقرار لأنه شك فيسقط

الشيء وإقراراً به على قولين مشهورين في المذهب منصوص عليهما لابن القاسم في غير ما موضع من كتابه: أحدهما: أنه إذن. والثاني: أنه ليس بإذن وهو قول أبي القاسم أيضاً في سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح، وفي سماع أصبغ من كتاب المدبر. وأظهر القولين أنه ليس بإذن لأن في قول النبي ﷺ: «والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها» دليلاً على أن غير البكر بخلاف البكر في الصمت، وقد أجمعوا على ذلك في النكاح فوجب أن يقاس ما عداه عليه إلا ما يعلم بمستقر العادة أن أحداً لا يسكت عليه إلا برضا منه فلا يختلف في أن السكوت عليه إقرار كالذي يرى حمل امرأته فيسكت ولا ينكره ثم ينكره بعد ذلك وما أشبه ذلك. وقد مضى هذا المعنى في رسم أسلم من سماع عيسى من كتاب النكاح وفي غير ما موضع من كتابنا هذا انتهى.
ونقل ابن سلمون في وثائقه في باب الإقرار كلام ابن رشد هذا، وذكر قبله مسألة من له دين على ميت وقسمت تركته بحضرته ولم يتكلم أن ذلك مسقط لحقه، وتقدم كلامه في كتاب التفليس عند قول المصنف: «وإن ظهر دين» وكلام ابن رشد في نوازل عيسى وكلام ابن فرحون والمتيطي: زاد ابن فرحون إثر كلامه المتقدم في باب التفليس مسألة: قال ابن القاسم فيمن سئل عند موته هل لأحد عندك شيء؟ فقال: لا قيل له: ولا لامرأتك والمرأة ساكتة ولم تتكلم وهي تسمع فإنها تحلف أن حقها عليه يريد إلى الآن وتأخذه إن قامت لها به بينة ولا يضرها سكوتها من المذهب لابن راشد. ثم ذكر مسألة العتبية المذكورة هنا ولم ينقل كلام ابن رشد عليها ثم قال.

فرع: وقال ابن القاسم فيمن قال لرجل فلان الساكن في منزلك لم أسكنته؟ فقال: أسكنته بالكراء والساكن يسمع ولا ينكر ولا يغير، ثم ادعى أن المنزل له فقال: لا يقطع سكوته دعواه إن أقام البينة أن المنزل له، ولا يحلف لأنه يقول ظننت أنه يداعبه انتهى. ونقل ذلك ابن سلمون أيضاً إثر كلامه المتقدم في باب التفليس وزاد بعده: وكتب شجرة إلى سحنون: رجل أوصى بعتق أمته وهي حاضرة ساكتة تسمع ولا تدعي الحرية، فلما مات الموصي قالت: إنها حرة فلا يضرها سكوتها انتهى. وذكر البرزلي في أوائل القسمة عن التونسي أنه إذا قسم بعض العقار وترك بعضه فلم يتكلم من له دين على ميت حين القسمة ثم تكلم بعد ذلك واعتذر بأنه إنما ترك الكلام لأن بقية الربع لم يقسم أنه يقبل منه ذلك انتهى.

مسألة: قال ابن سهل في أحكامه في مسائل الإقرار: إذا دفع وديعة لرسول بغير بينة ثم جاء ربها فأعلمه بذلك فسكت ثم طالبه، فإنه يحلف ما أمر فلاناً بقبضه وما كان سكوته رضاً بقبضه ثم يغرمه، ولو علم بذلك فقال للدافع كلم فلاناً القابض يحتال لي في المال كان رضا بقبضه فليطلبه به والدافع بريء انتهى. وقال في النوادر في أواخر كتاب الوديعة في ترجمة المودع يأتيه من يذكر أن ربها أمره بأخذها فيدفعها إليه. قال محمد بن عبدوس في الذي قال للمودع بعثني ربها لآخذها منك فدفعها إليه، ثم اجتمع مع ربها فذكر له ذلك فسكت ثم طالبه بعد ذلك قال: يحلف أنه ما أمر فلاناً بقبضها وما كان سكوته رضا بقبضه ثم يغرمه، ولو أن رب المال علم بقبض

وَلَزِمَ إِنْ نوكرَ فِي أَلْفٍ مِنْ ثَمَنِ خَمْرٍ، أَوْ عَبد، ولم أَقْبِضْهُ كَدَعْوَاهُ الرِّبَا، وأَقَامَ بَيِّنَةً أَنَّهُ رَابَاهُ فِي أَلْفٍ، لاَ إِنْ أَقَامَهَا عَلَى إِقْرَارِ الْمُدَّعِي أَنَّهُ لَمْ يَقَع بَيْنَهُمَا إِلاَّ الرِّبَا، أَوِ اَشْتَرَيْتُ خَمْراً بِأَلْفٍ، أَوِ اشْتَرَيْتُ عَبْداً بِأَلْفٍ وَلَمْ أَقْبِضْهُ،

القابض فجاء إلى المودع فقال له كلم فلاناً القابض يحتال لي في المال فقال: هذا رضا بقبضه فليطلبه به ويبرأ الدافع قال: ولو طلبها ربها فجحد الدافع فقال ربها احلف ما أودعتك قال: يحلف له مالك على شيء قال أبو محمد: يريد على قول ابن الماجشون، ويعني أيضاً أن الدافع أيقن بأمر رب الوديعة له انتهى. ص: **(ولزم إن نوكر في ألف من ثمن خمر)** ش: يريد ويحلف المقر له أنها ليست من ثمن خمر. نقله ابن عرفة عن كتاب ابن سحنون. ص: **(أو عبد ولم أقبضه)** ش: هذا قول ابن القاسم وسحنون وغيرهما. قال أصبغ: ولا يحلف البائع إلا أن يقوم عليه بحضرة البيع. نقله ابن عرفة أيضاً وهو يؤخذ من فصل اختلاف المتبايعين. ص: **(أو اشتريت عبداً بألف ولم أقبضه)** ش: فإن قيل: لم لم يقولوا بتبعيض الإقرار في هذه المسألة كما قيل به في مسألة له عليّ ألف من ثمن عبد ولم أقبضه ويعد قوله: «ولم أقبضه» ندماً؟ فالجواب على ما قال ابن عبد السلام أنا لا نسلم أن قوله: «اشتريت عبداً بألف» يوجب عمارة ذمته بالألف إلا بشرط القبض في البيع وهو لم يقر به، لكن قال في التوضيح: فيه بحث لا يخفى عليك انتهى.

قلت: كأنه يشير والله أعلم إلى ما تقرر أن الضمان ينتقل في البيع الصحيح بالعقد ولا

كالشهادة. وقال سحنون: بأن الشك لا أثر له في الإقرار **(ولزم إن نوكر في ألف من ثمن خمر)** قال ابن شاس: الباب الثالث في تعقب الإقرار بما يرفعه وله صور: الأولى: إذا قال لك علي ألف من ثمن خمر أو خنزير أو ميتة أو حر لم يلزمه شيء إلا أن يقول الطالب هي من ثمن بر أو شبهه فيلزمه مع يمين الطالب، فأما لو قال اشتريت منك خمراً بألف فإنه لا يلزمه شيء. ابن عرفة: نحو هذا عن سحنون وابن عبد الحكم **(أو عبد ولم أقبضه)** انظر هذه العبارة. ابن شاس: لو قال علي ألف من ثمن عبد ثم قال لم أقبض العبد فقال ابن القاسم وسحنون وغيرهما: يلزمه الثمن ولا يصدق في عدم القبض، وقيل القول قوله **(كدعواه الربا وأقام بينة أنه راباه في ألف)** ابن شاس: لو أقر على نفسه بمال من ثمن حرير مثلاً ثم أقام بينة أنه رباً وإنما أقر أنه من ثمن حرير لزمه المال بإقراره له من ثمن حرير إلا أن يقيم بينة على إقراره للطالب أنه ربا.

وقال ابن سحنون: تقبل منه البينة أن ذلك رباً ويرد إلى رأس ماله، وبالأول قال سحنون. ابن عرفة: ولم أقف على هذه المسألة في النوادر ولا في كتاب الدعوى والصلح من العتبية **(لا إن أقامها على إقرار المدعي أنه لم يقع بينهما إلا الربا)** تقدم نص ابن شاس: إلا أن يقيم بينة على إقرار الطالب أنه ربا **(أو اشتريت خمراً بألف)** ابن عبد الحكم: لو قال اشتريت منك خمراً بألف درهم ولم يلزمه شيء لأنه لم يقر أن له عليه شيئاً **(أو اشتريت عبداً بألف ولم أقبضه)** ابن عرفة: قول ابن الحاجب بخلاف قوله اشتريت عبداً بألف ولم أقبضه هو نقل الشيخ عن ابن القاسم: لو أقر أنه اشترى

أَوْ أَقْرَرْتُ بِكَذَا وَأَنَا صَبِيٌّ، كَأَنَا مُبَرْسَمٌ إِنْ عُلِمَ تَقَدُّمُهُ أَوْ أَقَرَّ اعْتِذَاراً، أَوْ بِقَرْضٍ شُكْراً عَلَى

يشترط القبض لكن قد تقدم أنه إذا تنازع المتبايعان فيمن يبدأ بالتسليم أنه يجبر المشتري على تسليم الثمن أولاً. فهذا يقتضي أنه يقبل قوله في عدم القبض لأنه يقول: من حق البائع أن يمتنع من تسليم المبيع حتى يقبض ثمنه مني. وذكر ابن فرحون في الفصل الثاني من القسم السابع من الركن السادس أنه لو قال الشاهدان نشهد أن له عنده مائة دينار من ثمن سلعة اشتراها منه، فقال ابن عبد الحكم: لا يقبل ذلك منهما ولا يلزمه اليمين حتى يقولا وقبض السلعة انتهى. ص: **(أو أقررت بكذا وأنا صبي)** ش: قال في العمدة: وإن أقر بالغاً عاقلاً أنه استهلك مالاً في جنونه أو في صبوته لزمه، ومن ادعى عليه بأنه أقر بالغاً فقال بل أقررت غير بالغ، فالقول قوله مع يمينه. قال القاضي أبو محمد: وأظن بعض أصحابنا جعل القول قول المدعي. ولو ادعى أنه أقر مجنوناً ولم يعلم له سبق جنون فهل يقبل قوله أو قول المقر له روايتان. ولو قال لا أدري هل كنت بالغاً أم لا، أو كنت عاقلاً أم لا، لم يلزمه شيء. قال القاضي: وعلى القول المظنون يشبه أنه يلزمه انتهى.

قلت: الظاهر أن يفرق بين الصبا والجنون، فإذا قال لا أدري أكنت صبياً أو بالغاً لا يلزمه شيء حتى يثبت أنه بالغ، وإذا قال لا أدري أكنت بالغاً عاقلاً أم لا، لزمه لأن الأصل العقل حتى يثبت انتفاؤه فتأمله. ص: **(أو بقرض شكراً على الأصح)** ش: كلام ابن غازي عليها حسن. ومفهوم قول المصنف «بقرض» أنه لو أقر بغير القرض على وجه الشكر يلزمه وهو

سلعة وأنه لم يقبضها نسقاً متتابعاً قبل قوله **(أو أقررت بكذا وأنا صبي)** في نوازل سحنون: من قال لرجل غصبتك ألف دينار وأنا صبي لزمه ذلك، وكذلك لو قال: كنت أقررت لك بألف دينار وأنا صبي. ابن رشد: قوله: «غصبتك ألف دينار وأنا صبي» لا خلاف في لزومه لأن الصبي يلزمه ما أفسد وكسر. وقوله: «أقررت لك بألف وأنا صبي» يتخرج على قولين: أحدهما أنه لا يلزمه إذا كان كلامه نسقاً وهو الأصح وعليه قوله في المدونة «طلقتك وأنا صبي» **(كأنا مبرسم إن علم تقدمه)** من المدونة: إذا قال أقررت لك بألف درهم ديناً وأنا ذاهب العقل من برسام نظر، فإن كان يعلم أن ذلك أصابه صدق فإن لم يعلم منه فلا يصدّق **(أو أقر اعتذاراً)** سمع أشهب: من اشترى مالاً فسأل الإقالة فقال تصدقت به على أبي ثم مات الأب فلا شيء للابن بهذا. قال ابن القاسم عن مالك: وإن سئل كراء منزله فقال هو لابنتي ثم مات فلا شيء لها بهذا، وإن كانت صغيرة في حجره لأنه قد يعتذر بمثل هذا من يريد منعه. وسمع أشهب وابن نافع: لو سأله ابن عمه أن يسكنه منزلاً فقال هو لزوجتي ثم قال لثان وثالث قامت امرأته بذلك فقال إنما قلته اعتذاراً لنمنعه، فلا شيء لها بهذا. وقد يقول الرجل للسلطان في الأمة ولدت مني وفي العبد هو مدبر لئلا يأخذهما الإشهاد فيه **(أو بقرض شكراً على الأصح)** من المدونة: أقرأته من كان تسلف من فلان الميت مالاً وقضاه إياه، فإن كان عن زمن لم يطل غرم، وإن طال من ذلك حلف وبرىء إلا أن يذكر ذلك بمعنى الشكر فيقول جزى الله عني

الأَصَحِّ، وَقَبِلَ أَجَلُ مِثْلِهِ فِي: بَيْعٍ، لاَ قَرْضٍ،

كذلك. قال ابن عرفة: قال ابن رشد: والشكر إنما هو معتبر في قضاء السلف لأنه معروف يوجب شكراً، ولو أقر بذين من غير قرض وادعى قضاءه لم يصدق، ورواه ابن أبي أويس. وسواء قال كان عندي على وجه الشرك أو لا انتهى. وما ذكره عن ابن رشد في شرح المسألة الثالثة من سماع سحنون من كتاب المديان والتفليس وزاد فيه إذ ليس بموضع شكر على ما مضى القول فيه رسم توضأ من سماع عيسى، ويشير بذلك إلى ما قاله ابن القاسم فيمن أشهد رجلاً أنه تقاضى من فلان مائة دينار كانت له عليه فجزاه الله خيراً فإنه أحسن قضائي فليس لي عليه شيء، فقال المشهود له قد كذب إنما أسلفته المائة سلفاً: إن القول قول المشهود له. قال ابن رشد: هذا مثل ما في آخر المديان منها. وما في رسم المكاتب من سماع يحيى من هذا الكتاب: إن من أقر بالاقتضاء لا يصدق في أنه اقتضاه من حق له وإن كان إقراره على وجه الشكر، وقال في كتاب الشهادات من المدونة: وفي سماع سحنون من هذا الكتاب: إن من أقر بسلف وادعى قضاءه على وجه الشكر لا يلزمه. والفرق بني القضاء والاقتضاء أن السلف معروف يلزمه شكره لقوله تعالى: ﴿أن اشكر لي ولوالديك﴾ [لقمان: ١٤] وقوله ﴿ولا تنسوا الفضل بينكم﴾ [البقرة: ٢٣٧] وقوله عليه الصلاة والسلام: «من أزكت عليه يد رجل فليشكرها» فحمل المقر على أنه إنما قصد إلى أداء ما تعين عليه من الشكر لفاعله لا إلى الإقرار على نفسه بوجوب السلف عليه إذ قد قضاه إياه على ما ذكر، وحسن القضاء واجب على من عليه حق أن يفعله، فلم يجب على المقتضى أن يشكره، فلما لم يجب ذلك عليه وجب أن لا يكون له تأثير في الدعوى، وهذا على أصل ابن القاسم، وعلى أصل أشهب في أنه لا يؤخذ بأكثر مما أقر به يكون القول قول المقتضي، وما قاله ابن الماجشون نص في هذه المسألة. انتهى مختصراً. ص: **(وقبل أجل مثله الخ)** ش: ما ذكره ابن عرفة صحيح لا شك فيه، وما ذكره المصنف وابن الحاجب إنما يأتي على أصل الشافعية من أن الأصل في القرض الحلول والله أعلم.

فلاناً خيراً أسلفني وقضيته فلا يلزمه، قرب الزمان أو بعد اهـ. نص المدونة. فلا معنى للأصح ها هنا ويبقى النظر إذا قال كان لفلان علي دينار فتقاضاه مني أسوأ التقاضي فلا جُزي خيراً فقال ابن القاسم: الدين باقٍ على المقر، وليس كمن يقول على وجه الشكر. قال ابن يونس: لا فرق ين أن يقع على وجه الذم أو على وجه الشكر. فلو قال خليل: «أو بقرض شكراً أو ذماً على الأصح» لكان لقوله: «على الأصح» معنى. وفي الغالب أنه كان كذلك إذ ما كان خليل ليترك الإقرار على وجه الذم وهو مذكور من حيث نقل **(وقبل أجل مثله في بيع لا قرض)** ابن عرفة: قال ابن الماجشون: من قال لفلان عليّ عشرة دنانير أعطيه كل يوم ديناراً وقال المقر له هي حالة، قبل قول المقر مع يمينه. ونحوه عن ابن عبد الحكم. وفي الزاهي: من أقر لغيره بمال منجم أو مؤجل فقال المقر له هو حال، فقيل: يحلف المقر

وَتَفْسِيرُ أَلْف فِي: كَأَلْف، وَدِرْهَم، وَخَاتَم فِصُّهُ لِي نَسَقاً، إِلاَّ فِي غَصْبٍ، فَقَوْلاَنِ، لاَ بِجِذْع، وَبَاب فِي لَهُ مِنْ هٰذِهِ الدَّارِ، أَوْ الأَرْضِ: كَفِي عَلَى الأَحْسنِ،

ص: **(إلا في غصب فقولان)** ش: كذا ذكر القولين في التوضيح عن أشهب عدم لزوم الغصب، وعن ابن عبد الحكم اللزوم وكأنه لم يقف على المسألة في المدونة وهي في كتاب الغصب منها ونصها: من أقر أنه غصب هذا الخاتم ثم قال: وفصه لي، أو أقر لك بجبة ثم قال وبطانتها لي، أو أقر لك بدار وقال بناؤها لي لم يصدق إلا أن يكون كلامه نسقاً انتهى. ونقل أبو الحسن عن أشهب نحو قول ابن عبد الحكم أنه لا يصدق، ونقل عن ابن القاسم في سماع أصبغ نحوه خلاف قوله في المدونة ثم قال: قول ابن رشد في السماع ضعيف وما في المدونة أصح وأولى. انتهى والله أعلم. ص: **(كفي على الأحسن)** ش: كلامه رحمه الله يقتضي أن الخلاف في قوله: «له في هذه الدار حق» وأما قوله: «من هذه الدار حق» فلا خلاف فيه وليس كذلك، فإن سحنوناً اختلف قوله إذا قال له من هذه الدار حق أو في هذه الدار حق، فقال مرة يقبل تفسيره بما ذكر ثم رجع فقال لا يقبل ذلك منه. وقال ابن عبد الحكم: إن قال: «مِنْ» لم يقبل قوله وإن قال: «في» قبل والخلاف في قوله «في» وفي قوله: «من» لكن لما كان القول بقبول تفسيره في «من» إنما هو القول المرجوع عنه لم يلتفت إليه والله أعلم. وكأن المصنف رحمه الله رأى أن القول بقبول تفسيره إنما هو القول المرجوع عنه فصار كالعدم فلذلك لم يذكر الخلاف إلا في قوله «في هذه الدار».

له ويكون حالاً. وقيل: إن المقر يحلف ويقبل قوله. وقد اختلف في يمين المقر وهذا أحوط وبه كان يقضي متقدمو قضاة مصر. قال ابن الحاجب: وألف مؤجل يقبل في تأجيل مثلها على الأصح بخلاف مؤجلة من قرض فقبل ابن هارون وابن عبد السلام نقله أن حكم القرض الحلول دون ذكر خلاف فيه، ولا أعرف هذا لغير ابن الحاجب، وظاهر ما نقلته أن لا فرق بين القرض وغيره **(وتفسير ألف في كألف ودرهم)** ابن شاس: لو قال له علي ألف درهم ولم يسم الألف من أي جنس هي قال ابن القصار: لا يكون الدرهم الزائد تفسير الألف، بل يكون الألف موكولاً إلى تفسيره فيقال له سم أي جنس شئت؟ فإن قال أردت ألف جوزة أو ألف بيضة قبل منه، وأحلف على ذلك إن خالفه المدعي، وكذلك لو قال له علي ألف وعبد أو ألف ثوب لم يكن هذا العطف تفسيراً للمعطوف عليه **(وكخاتم فصه له نسق)** من المدونة قال ابن القاسم: من أقر أنه غصبك هذا الخاتم ثم قال وفصه لي، أو أقر له بجبة ثم قال وبطانتها لي، لم يصدق إلا أن يكون كلاماً نسقاً **(إلا في غصب فقولان)** لم ينقل ابن يونس إلا ما تقدم خاصة وما ذكر فيه خلافاً. **(لا بجذع وباب في له من هذه الدار أو الأرض كفي على الأحسن)** ابن شاس: لو قال له في هذه الدار حق أو في هذا الحائط أو في هذه الأرض، ثم فسر ذلك بجزء من ذلك، قبل تفسيره قليلاً كان أو كثيراً شائعاً كان أو معيناً، ولو فسره بغير ذلك كأن يقول أردت هذا الجذع أو هذا الباب المركب أو هذا الثوب الذي بالدار أو سكنى هذا

وَمَالٌ نِصَابٌ وَالأَحْسَنُ تَفْسِيرُهُ: كَشَيْءٍ، وَكَذَا، وَسُجِنَ لَهُ، وَكَعَشَرَةٍ وَنَيِّفٍ، وَسَقَطَ فِي كَمِائَةٍ

فرع: قال في النوادر في كتاب الإقرار في ترجمة من أقر لرجل بشاة في غنمه أو بعير في إبله: قال ابن بعد الحكم: ومن بيده صبرة قمح فقال إن لفلان منها خمسين أردباً فلم يكن فيها إلا دون ذلك فجميعها للمقر له، وإن زادت على خمسين فالزيادة للمقر. ولو قال له من هذه الصبرة عشرة دنانير بيع له منها بعشرة دنانير وما بقي فللمقر، وإن لم يف ثمنها بالعشرة فليس له على المقر غير ذلك. وإن قال له من ثمنها عشرة دنانير سئل ما أراد، فإن أراد كان له من ثمنها إذا اشتريت سئل كم كان ثمنها فكان المقر له شريكاً فيها بعشرة، وإن قال أردت من ثمنها إذا بيعت فهو كذلك، وإن طلبت منه اليمين حلف على ما يقول، فإن مات قبل أن يسأل فللمقر له الأقل من الوجهين والله الموفق انتهى. وقوله «فكذلك» أي فكالوجه الأول يباع له منها بعشرة دنانير. ص: **(وسجن له)** ش: أي للتفسير فيما يقبل فيه تفسيره على كل قول.

البيت فقال سحنون مرة يقبل تفسيره في جميع ذلك، ثم رجع عن ذلك. وعبارة ابن الحاجب: لو قال إن له في هذا الدار أو هذه الأرض أو الحائط حقاً وفسره بجذع أو باب مركب وشبهه، فثالثها الفرق بين «من» «وفي» **(ومال نصاب)** ابن المواز: من أوصى أن لفلان عليه مالاً ولم يبين كم هو حتى مات، فإن كان بالشام أو بمصر قضى عليه بعشرين ديناراً، وفي العراق بمائتي درهم بعد يمين المدعي. وقال ابن وهب: إن أقر أن لفلان في هذا الكيس مالاً أعطى عشرين ديناراً منه، وإن كان فيه مائتا درهم أخذها وحلف. وقال المازري: الأشهر أن الواجب في الإقرار بمال نصاب زكاة أهل المقر من العين ذهباً أو فضة، ومقتضى النظر رد الحكم لمقتضى اللغة أو الشرع أو عرف الاستعمال. ابن عرفة: فيقوم منها ما في الأيمان **(والأحسن تفسيره)** من الاستغناء قال ابن سحنون: إن قال له علي مال فهو مصدق فيما يقوله مع يمينه. ابن عرفة: واختاره الأبهري وعزاه في المعونة لبعض أصحابنا، ولو فسره بقيراطاً أو حبة **(كشيء)** المازري: «شيء» أو «حق» من قوله له عندي شيء أو حق في غاية الإجمال، لأن لفظ «شيء» يصدق على ما لا يحصى من الأجناس والمقادير فيجب على المقر تفسيره بما يصلح له. ابن شاس: يقبل تفسيره بأقل مما يتمول لأنه محتمل لكل ما ينطلق عليه مما يتمول. المازري: فإن امتنع من التفسير سجن حتى يفسر **(وكذا)** المازري: قوله: «عندي كذا» كقوله: «له عندي شيء» أو «له عندي واحد» فيقبل منه ما يصدق عليه أحد الألفاظ الثلاثة، وفي الصحاح «كذا» كناية عن الشيء **(وسجن له)** تقدم نص المازري سجن حتى يفسر **(وكعشرة ونيف)** ابن عرفة: قال ابن سحنون: من أقر بشعرة دراهم ونيف قبل قوله في النيف، ولو فسره بدرهم أو دانق، ونقله المازري كأنه المذهب. وانظر لم يذكر خليل تفسير عشرة فيكون حكمها حكم ألف في قوله: «وتفسير ألف» **(وسقط في كمائة وشيء)** ابن الماجشون: من أقر بعشرة دنانير وشيء أو بمائة دينار وشيء ثم مات ولم يسأل، فالشيء ساقط ويلزمه ما سمى ويحلف المطلوب. ابن عرفة: والفرق بين «شيء» مفرداً أومعطوفاً أن لغوه مفرداً يؤدي إلى إهمال اللفظ المقر به، وإذا كان معطوفاً فأسلم من الإهمال لإعماله في المعطوف

وَشَيْءٍ وَكَذَا، دِرْهَمًا وَعِشْرُونَ وَكَذا، وَكَذَا أَحَدٌ وَعِشْرُونَ وَكَذَا، وَكَذَا أَحَدَ عَشَر وَبِضْعٌ أَوْ دَرَاهِمَ ثَلاَثَةٌ وَكَثِيرَةٌ، أَوْ لاَ كَثِيرَة وَلاَ قَلِيلَةٌ أَرْبَعَةٌ، وَدِرْهَمٌ، الْمُتَعَارَفُ، وَإِلاَّ فَالشَّرْعِيُّ، وَقُبِلَ غِشُّهُ وَنَقْصُهُ إِنْ وَصَلَ، وَدِرْهَمٌ مَعَ دِرْهَمٍ، أَوْ تَحْتَهُ، أَوْ فَوْقَهُ، أَوْ عَلَيْهِ، أَوْ قَبْلَهُ، أَوْ بَعْدَهُ، أَوْ فَدِرْهَمٌ، أَوْ ثُمَّ دِرْهَمٌ دِرْهَمَان، وَسَقَطَ فِي، لاَ بَلْ دِينَارَانِ،

....

عليه **(وكذا درهماً عشرون وكذا وكذا أحد وعشرون وكذا كذا أحد عشر)** الصحاح: كذا كناية عن العدد وعن الشيء، المازري: قول ابن عبد الحكم وغيره من البغداديين المالكيين تفسير المراد بهذه الكناية بإعراب ما وقع بعدها من التفسير. ففي كذا دراهم أقل الجمع ثلاثة دراهم، وكذا درهماً عشرون درهماً وكذا درهم بالخفض. قال ابن القصار: لا نص فيه ويحتمل أن يراد به درهم واحد. وقال لي بعض النحاة: يلزم فيه مائة درهم. وقال ابن القصار: من قال علي كذا كذا درهماً قال ابن عبد الحكم: يلزمه أحد عشر درهماً وفي كذا وكذا درهماً أحد وعشرون درهماً في كذا درهماً عشرون درهماً **(وبضع أو دراهم ثلاثة)** ابن شاس: لو قال علي بضعة عشر كان ثلاثة عشر لأن البضع من الثلاثة إلى التسعة. ابن عرفة: وهو قول الأكثر معها. المازري: لو أقر بدراهم أو دنانير أو دريهمات أو دنينرات فثلاث من المسمى **(وكثيرة أو لا كثيرة ولا قليلة أربعة)** ابن عبد الحكم: لو قال دراهم كثيرة أو دنانير كثيرة فلا بد من زيادة على الثلاث ويقبل قوله في قدر الزيادة. وحدّها ابن المواز بواحد صحيح فأكثر. ابن عبد الحكم: ولو قال دراهم لا قليلة ولا كثيرة فهي أربعة **(ودرهم المتعارف)** ابن عرفة: الإقرار بمطلق من صنف أو نوع يتقيد بالعرف أو السياق فإن عدما فأقل مسماه. في المعونة: إن قال له علي دينار ولم يقل جيداً ولا رديئاً ولا ناقصاً ومات، حكم بجيد ولزم بنقد بلده. وإن اختلف نقد البلد. فقال ابن عبد الحكم: يلزمه دينار من أي الأصناف ويحلف إن استحلف المقر له. ابن عرفة: هذا إن لم يكن بعض الأصناف أغلب وإلا تعين الأغلب **(وإلا فالشرعي)** نحو هذا لابن الحاجب. ابن عرفة: وهو قول ابن شاس ولا أعرفه لأهل المذهب. ومقتضى ما تقدم أن الواجب ما فسره به المقر مع يمينه **(وقبل غشه ونقصه إن وصل)** ابن عبد الحكم: إن أقر بدرهم وزنه نصف درهم صدق مع يمينه إن وصل كلامه. ابن شاس: وكذا التفسير بالدراهم المغشوشة. المازري: إن قيد إقراره بدراهم بصفة لم يؤخذ بغيرها إلا أن يقر بها ثمناً لمبيع فيرجع ذلك لاختلاف المتبايعين **(ودرهم مع درهم أو تحته أو فوقه أو عليه أو قبله أو بعده أو ودرهم أو ثم درهمان)** ابن شاس: لو قال له علي درهم مع درهم لزمه درهمان. ومن الاستغناء: لو قال له علي مائة درهم مع درهم قضي بهما له، ولو قال له علي درهم مع قفيز حنطة قضي له بالجميع، ولو قال له درهم علي درهم أو تحت درهم أو فوق درهم قضي عليه بدرهمين. ابن شاس: ولو قال درهم قبل درهم أو بعد درهم لزمه درهمان، ولو قال درهم ودرهم أو قال درهم ثم درهم لزمه درهمان **(وسقط في لا بل ديناران)** سحنون: من قال لفلان علي ألف لا بل ألفان لزمه ألفان، فإن قال لا بل خمسمائة قبل قوله إن كان نسقاً واحداً أو إن كان بعد سكوت لم يصدق، وكذلك له علي درهم لا بل نصف درهم. وقال

وَدِرْهَمٌ دِرْهَمٌ، أَو بِدِرْهَمٍ دِرْهَمٌ، وَحَلَفَ مَا أَرَادَهُمَا، كَإِشْهَادٍ فِي ذِكْرٍ بِمِائَةٍ وَفِي آخَرَ بِمِائَةٍ، وَبِمِائَةٍ، وَبِمِائَتَيْنِ؛ الأَكْثَرُ، وَجُلُّ الْمِائَةِ أَوْ قُرْبُهَا، أَوْ نَحْوُهَا الثُّلُثَانِ، فَأَكْثَرُ وَبِالاجْتِهَادِ، وَهَلْ يَلْزَمُهُ فِي عَشَرَةٍ فِي عَشَرَةٍ، عِشْرُونَ، أَوْ مِائَةٌ؛ قَوْلاَنِ وَثَوْبٌ فِي صُنْدُوقٍ، وَزَيْتٌ فِي جَرَّةٍ وَفِي لُزُومِ ظَرْفِهِ؛ قَوْلاَنِ،

ص: **(وجل المائة أو قربها أو نحوها الثلثان فأكثر بالاجتهاد)** ش: هكذا قال سحنون في نوازله له من كتاب المديان والتفليس وقال ابن رشد بعد أن ذكر الخلاف في ذلك ما نصه: وهذا كله إنما يحتاج إليه في الميت الذي يتعذر سؤاله عن مراده، وأما المقر الحاضر فيسأل عن تفسير ما أراد ويصدق في جميع ذلك مع يمينه إن نازعه في ذلك المقر له إن ادعى أكثر مما أقر له به وحقق الدعوى في ذلك، وإما إن لم يحقق الدعوى فعلى قولين في إيجاب اليمين عليه

غيره: إذا قال له علي مائة لا بل مائتان لزمه ثلاثمائة في القياس ولكننا ندعه ونستحسن أن عليه مائتين. ابن عبد الحكم: وإن قال له علي درهم بل درهمان لزمه درهمان **(ودرهم درهم أو بدرهم درهم وحلف ما أرادهما)** ابن شاس: إذا قال له علي درهم درهم أو درهم بدرهم لم يلزمه إلا درهم واحد وللطالب أن يحلفه ما أراد درهمين **(كإشهاده بذكر بمائة وفي آخر بمائة)** ابن الحاجب: لو أشهد في ذكر بمائة وفي آخر بمائة فآخر قوليه مائة. ابن عرفة: قبله ابن هارون وابن عبد السلام وهو وهم وغفلة لأن المنصوص في عين المسألة خلاف ذلك. قال ابن سحنون: من أشهد لرجل في موطن بمائة ثم أشهد له في موطن بمائة فقال الطالب هي مائتان وقال المقر هي مائة واحدة فقال أصحابنا جميعاً: لا تلزمه إلا مائة بخلاف إذكار الحقوق لو شهد له في حق بمائة وفي صك آخر بمائة لزمته مائتان **(وبمائتين الأكثر)** لم يعرف ابن عرفة هذا لغير ابن الحاجب ولا حكاه ابن شاس. وعبارة ابن الحاجب: لو أشهد بمائة ومائتين في موطن ثالثها إن كان الأكثر أولاً لزمه ثلاثمائة. ابن عرفة: قول محمد تلزمه ثلاثمائة مطلقاً والقول الثالث قاله أصبغ ولا أعرف القول الثاني ولا حكاه ابن شاس **(جل المائة أو قربها أو نحوها الثلثان فأكثر بالاجتهاد)** سحنون: من أقر في مرضه أن لفلان عليه جل المائة أو قرب المائة أو نحو المائة أو مائة إلا قليلاً وإلا شيئاً فقال أكثر أصحابنا يعطى من ثلثي المائة إلى أكثر بقدر ما يرى الحاكم **(وهل يلزمه في عشرة في عشرة عشرون أو مائة قولان)** قول عشرون ما حكاه ابن شاس ولا أعرفه. ابن عرفة: المازري من قال له عندي دينار في دينار أو درهم في درهم لم يلزمه عند سحنون سوى درهم واحد، ولو قال عشرة دراهم في عشرة دراهم لزمه مائة درهم. وقال ابن عبد الحكم: إنه يلزمه العدد الأول ويسقط ما بعده إن حلف المقر أنه لم يرد بذلك التضعيف ولا ضرب الحساب بناء على حمل اللفظ على المعنى اللغوي أو العرفي. ابن عرفة: قول غير واحد من شيوخنا إن كان المقر له علم بالحساب لزمه، وقول سحنون اتفاقاً صواب إن كان المقر له كذلك وإلا فلا **(وثوب في صندوق أو زيت في جرة في لزوم ظرفه قولان)** ابن شاس: إذا قال له عندي زيت في جرة كن مقراً بالزيت والظرف، ولو قال ثوب في صندوق أو في منديل فقال ابن عبد الحكم:

لاَ دَابَّةٌ فِي إِصْطَبْلٍ، وَأَلْف، إِنِ اسْتَحَلَّ أَوْ أَعَارَنِي؛ لَمْ يَلْزَمْ كَإِنْ حَلَفَ فِي غَيْرِ الدَّعْوَى،

انتهى. وما قاله ظاهر إن فسره المقر بأكثر من النصف، وأما إن فسره بالنصف أو دونه فلا يقبل تفسيره والله أعلم. ص: **(كأن حلف في غير الدعوى)** ش: هذا جمع المصنف بين نقلي سحنون رحمه الله وفرق بينهما ابن عرفة بغير ذلك. ونص كلامه الشيخ عن ابن سحنون: من قال لفلان عليّ مائة درهم إن حلف أو إذا حلف أو متى حلف أو حين يحلف أو مع يمينه أو في يمينه أو بعد يمينه، فحلف فلان على ذلك ونكل المقر فلا شيء عليه في إجماعنا. وقاله ابن عبد الحكم قائلاً: وإن حلف مطلقاً إن بطلاق أو عتق أو صدقة أو استحل ذلك أو إن كان يعلم ذلك أو إن أعارني دابته أو داره فأعاره ذلك أو إن شهد به على فلان فشهد، ولو قال إن حكم بها على فلان فتحاكما إليه فحكم بها عليه لزمه. ابن سحنون: من أنكر ما ادعى به عليه فقال له المدعي احلف وأنت بريء أو متى حلفت أو أنت بريء مع يمينك أو في يمينك فحلف فقد برىء، ولو قال له الطالب لا تحلف لم يكن له ذلك. وكذلك إن قال المطلوب للمدعي احلف وأنا أغرم لك فحلف لزمه ولا رجوع له عن قوله. ونوقض قول سحنون بعدم اللزوم في قوله: «إن حلف فحلف» بقوله «احلف وأنا أغرم» أنه يلزمه. ومثله قول حمالتها احلف أن الحق الذي تدعيه قبل أخي حق وأنا ضامن أنه يلزمه ولا رجوع له، ويلزمه ذلك إن حلف المطلوب وإن مات كان ذلك في ماله. ويجاب بأن يشرط لزوم الشيء إمكانه وهو غير ثابت في قوله: «إن حلف وإخواته» لما علم أن ملزومية الشيء للشيء لا تدل على إمكانه فلم يلزمه الإقرار لعدم إتيانه في لفظه بشرطه وهو الإمكان، ولزمه ذلك في قوله: «احلف» لإتيانه بما يدل على ثبوت شرط اللزوم وهو الإمكان لدلالة صيغة «افعل» عليه، لأن كل مطلوب عادة

يكون مقراً بالثوب دون الوعاء. وقال سحنون: يلزمه الوعاء أيضاً. ولو قال عندي عسل في زق كان مقراً بالعسل والزق إذ لا يستغنى عنه. ابن عرفة: ظاهر ابن الحاجب نفي الخلاف في تعلق الإقرار بالجرة في قوله له عندي زيت في جرة وهو وهم تبع فيه ظاهر لفظ ابن شاس لذكر الشيخ فيه قول سحنون وابن عبد الحكم **(لا دابة في إصطبل)** القرافي: ووافقونا على قوله عندي دابة في إصطبل أو نخل في بستان أن الظرف لا يلزم **(وألف إن استحل أو أعارني لم يلزم كان حلف)** ابن سحنون: من قال لفلان علي مائة درهم إن حلف أو إذا حلف فحلف فلان على ذلك ونكل المقر وقال: ما ظننته أنه يحلف، فلا يؤخذ بذلك المقر في إجماعنا. وقال ابن عبد الحكم: إذا قال لفلان علي مائة إن حلف فلا شيء على المقر بهذا وإن حلف الطالب، وكذلك إن قال إن استحل ذلك أو قال إن أعارني رداء أو دابة فأعاره أو قال إن شهد بها علي فلان فشهد بها عليه فلان، فلا شيء على المقر في هذا كله، وأما إن قال إن حكم بها فلان لرجل سماه فتحاكما إليه فحكم بها عليه يلزمه ذلك **(في غير الدعوى)** ابن سحنون: من أنكر ما ادّعى عليه فقال له المدعي احلف وأنت بريء فحلف فقال هو بريء، وكذا إن قال المطلوب للمدعي احلف وأنا أغرم لك فحلف لزمه ولا رجوع له عن قوله اهـ.

أَوْ شَهِدَ فُلاَنٌ غَيْرُ العَدْلِ وَهٰذِهِ الشَّاة أَوْ هٰذِهِ النَّاقَةُ، لَزِمَتْهُ الشَّاةُ، وَحَلَفَ عَلَيْهَا، وَغَصَبْتُهُ مِنْ فلاَنٍ، لاَ بَلْ مِنْ آخَرَ، فَهُوَ لِلأَوَّلِ، وَقُضِيَ لِلثَّانِي بِقِيمَتِهِ.

ممكن انتهى. وانظر المسألة في سماع أصبغ من كتاب الدعوى من العتبية. ص: **(أو شهد فلان غير العدل)** ش: مفهومه إن كان عدلاً لزمه ما شهد به عليه بمجرد شهادته عليه فقط. والذي حصله ابن رشد في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم من كتاب الشهادات أنه إن قال ذلك على التبكيت لصاحبه والإنزاه للشاهد عن الكذب، فلا اختلاف أنه لا يلزمه ما شهد به عليه، وإن لم يقل ذلك على وجه التبكيت ففي ذلك ثلاثة أقوال: أحدها أنه لا يلزمه ما شهد به عليه كأن يحقق علم ما نازعه فيه خصمه من ذلك أو لا يحققه إلا أن يحكم عليه بشهادته مع شاهد آخر أو يمين المدعي، وهو قول ابن القاسم وابن الماجشون وأصبغ وعيسى بن دينار. والثاني أنه يلزمه ما شهد به عليه كأن يحقق علم ما نازعه فيه خصمه من ذلك ولا يحققه ويؤخذ منه دون يمين المدعي وهو قول مطرف. والثالث أنه يلزمه إذا كان لا يحقق معرفة ما نازعه فيه خصمه ولا يلزمه إن كان يحقق معرفة ذلك. وهو قول ابن دينار وابن كنانة واختيار سحنون، وسواء كان الشاهد في هذا كله عدلاً أو مسخوطاً أو نصرانياً. وقد قيل: لا يلزم القضاء بشهادة النصراني بخلاف المسخوط. وإذا لم يتبين من صورة تراجعهما التبكيت من غير التبكيت فهو فيما نازعه فيه من قول قاله أو فعل فعله محمول على التبكيت حتى يتبين منه الرضا، والتزام الحكم به على نفسه على كل حال وفيما نازعه من حدود أرض أو دين على أبيه وما أشبه ذلك محمول على غير التبكيت حتى يتبين منه التبكيت. ولا اختلاف في أن له أن يرجع عن الرضا بقوله في جميع ذلك قبل أن يشهد، وذلك بخلاف الرضا بالتحكيم إذ لا يختلف في أنه ليس لواحد منهما أن ينزع بعد الحكم، ويختلف هل له الرجوع قبل الحكم انتهى. فعلم من هذا أن الشاهد إن كان عدلاً لم يلزم ما شهد به بمجرد شهادته على الراجح من الأقوال الذي هو قول ابن القاسم، وإنما اقتصر المصنف على غير العدل لأن شهادته لا تؤثر أصلاً لأحدهما ولا مع شاهد آخر أو يمين، وأول كلامه في التوضيح يوهم أنه يلزم ما شهد به العدل بمجرد شهادته فإنه قال: ونص مالك في مسألة إن شهد على أنه لا يلزمه، وقيده ابن القاسم بما إذا لم يكن عدلاً. وأما العدل فيقبل عليه يوهم أنه يلزم ما شهد به العدل ونحوه في

انظر بحث ابن عرفة في هذا الموضع **(أو شهد فلان غير العدل)** تقدم نص ابن عبد الحكم دون أن ذكر غير العدل، ولا شك أن هذا بين إذ الحق يثبت بالعدل مع اليمين **(وهذه الشاة أو هذه الناقة وحلف عليها)** ابن عرفة الشيخ: من قال لرجل لك هذه الشاة أو هذه الناقة لزمته الشاة وحلف ما الناقة له. ابن عرفة: في الإقرار بأحد الأمرين اضطراب راجعه فيه **(وغصبته من فلان لا بل من آخر فهو للأول وقضي للثاني بقيمته)** ابن شاس: إذا أقر أنه غصب هذا العبد من فلان. وفي كتاب ابن

وَلَكَ أَحَدُ ثَوْبَيْنِ عَيَّنَ وَإِلاَّ فَإِنْ عَيَّنَ الْمُقِرُّ لَهُ أَجْوَدَهُمَا. حَلَفَ، وَإِنْ قَالَ لاَ أَدْرِي. حَلَفَا عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ وَاشْتَرَكَا، وَالاسْتِثْنَاءُ هُنَا. كَغَيْرِهِ، وَصَحَّ لَهُ الدَّارُ وَالبَيْتُ لِي، وَبِغَيْرِ الْجِنْسِ. كَأَلْفٍ، إِلاَّ عَبْداً، وَسَقَطَتْ قِيمَتُهُ،

المجموعة انتهى. ويمكن حمل قوله «فيقبل عليه» أي تقبل شهادته عليه، وكان النوادر قريب من هذا فإنه لما نقل عن مالك أنه قال «لا يلزمه ذلك» قال ما نصه: قال ابن القاسم: لكن إن كان الشاهد عدلاً قبل عليه. ونحوه في المجموعة عن ابن القاسم انتهى. والله أعلم. وانظر المسألة أيضاً في رسم العتق من سماع عيسى من كتاب الشهادات، وفي نوازل أصبغ من كتاب الدعوى والصلح والتبكيت. قال في الصحاح: كالتقريع والتعنيف وبكته بالحجة أي غلبه انتهى. ص: **(ولك أحد ثوبين عين الخ)** ش: هذه المسألة في أول رسم من سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح، وانظر هذه المسألة مع ما قال في النوادر في ترجمة من أقر بعدد من صنفين لم يذكركم من كل صنف. قال ابن المواز: وإذ قال المريض لفلان عليّ مائة دنانير ودراهم، فإن أمكن مسألته سئل والقول قوله ويجبر حتى يبين، فإن مات فورثته بمثابته يقرون بما شاؤوا من كل صنف ويحلفون، فإن أنكر واعلم ذلك جعل على النصف من كل صنف بعد أيمان الورثة أنهم لا يعلمون له شيئاً وبعد يمين المقر له أنه ليس حقه أقل من ذلك على ألبت لا

سحنون إنه يقضى بالعبد للأول بعد يمينه ويقضى للآخر بقيمته يوم الغصب في إجماعهم **(ولك أحد ثوبين عين وإلا فإن عين المقر له أجودهما حلف)** ابن عرفة: من قال في ثوبين بيده لفلان أحدهما فإن عين له أجودهما أخذه، وإن عين أدناهما وصدقه فكذلك دون يمين وإن أكذبه أحلفه. وقال ابن شاس: قال ابن القاسم: من قال لرجل في ثوبين في يده أحدهما لك ولا أدري في أيهما هو فإنه يقال للمقر احلف أنك لا تدري أن أجودهما للمقر له، فإن حلف وقال المقر له أنا أعرفه فيؤمر بتعيينه، فإن عين أدناهما أخذه بغير يمين، وإن عين أجودهما أخذه بعد أن يحلف **(وإن قال لا أدري حلفا على نفي العلم واشتركا)** ابن شاس: قال ابن القاسم: يقال للمقر احلف أنك لا تدري أن أجودهما للمقر له، فإن حلف قيل للمقر له احلف أنك لا تعلم أيهما لك، فإن حلفا كانا شريكين في الثوبين جميعاً **(والاستثناء هنا كغيره)** ابن عرفة: الاستثناء في الإقرار على قواعده. ابن شاس: إذا استثنى من الإقرار ما لا يستغرق صح كقوله له علي عشرة إلا تسعة يلزمه واحداً خلافاً لعبد الملك. وعلى المشهور: لو قال له علي عشرة إلا تسعة إلا ثمانية لزمه تسعة لأن الاستثناء من النفي إثبات كما أنه من الإثبات نفي. وكذلك لو قال علي عشرة إلا تسعة إلا ثمانية إلا سبعة إلا ستة إلا خمسة إلا أربعة إلا ثلاثة إلا اثنين إلا واحداً لزمه خمسة **(وصح له الدار والبيت لي)** ابن شاس: الاستثناء من العين صحيح كقوله هذه الدار لفلان إلا ذلك البيت والخاتم إلا الفص **(بغير الجنس)**. ابن عرفة: الاستثناء من غير الجنس. قال المازري: المذهب صحته **(كألف إلا عبداً وسقطت قيمته)** ابن شاس: الاستثناء من غير الجنس صحيح كقوله علي ألف درهم إلا عبداً ويقال له اذكر قيمة العبد الذي استثنيت ثم يكون مقراً بما

وَإِنْ أَبْرَأَ فُلاَناً مِمّا لَهُ قِبَلَهُ. أَوْ مِنْ كُلِّ حَقٍّ، أَوْ أَبْرَأَهُ. بَرِىءَ مُطْلَقاً، وَمِنَ الْقَذْفِ وَالسَّرِقَةِ، فَلاَ تُقْبَلُ

على العلم انتهى. ونقله ابن بطال في أحكامه في باب ما يلزم المقر في أواخر كتابه. ص: **(وإن أبرأ فلاناً مما له قبله أو من كل حق أو أبرأه برىء مطلقاً ومن القذف والسرقة)** ش: قال في النوادر في كتاب الإقرار في ترجمة الإقرار بالمجهول: ومن كتاب ابن سحنون: ومن أقر أنه لا حق له قبل فلان فهو جائز عليه وفلان بريء في إجماعنا من كل قليل وكثير ديناً أو وديعة أو عارية أو كفالة أو غصباً أو قرضاً أو إجارة أو غير ذلك. ثم قال بعد أسطر من هذه الترجمة: وإن أقر أنه لا حق له قبل فلان ثم ادعى قبله قذفاً أو سرقة فيها قطع وأقام بينة فلا يقبل ذلك إلا أن تقول البينة أنه جعله بعد البراءة، وإن أقر أنه لا حق له قبله فليس له أن يطلبه بقصاص ولا حد ولا أرش ولا كفالة بنفس ولا بمال ولا دين ولا مضاربة ولا شركة ولا ميراث ولا دار ولا أرض ولا رقيق ولا شيء من الأشياء من عروض وغيرها إلا ما يستأنف بعد البراءة في إجماعنا انتهى. وقال قبله: قال سحنون في بعض أقاويله: إذا قال فلان بريء من كل حق لي عليه أو قال مما لي عليه أو مما لي عنده أو قال لا حق لي قبله، فذلك كله سواء وهو بريء من كل شيء من أمانة أو ضمان. قال محمد: وأنا أستحسن قوله «هو بريء من حقه قبله» ولم يقل من جميع حقه، ثم قال أنا بريء من بعض حقي وبقي البعض، فلا يصدق والبراءة جائزة في إجماعنا في جميع حقه انتهى. وهو معنى ما أشار إليه المصنف. ومثل ذلك إذا قال وهذا آخر حق لي عليه. قال في النوادر من كتاب الأقضية: قال محمد بن عبد الحكم: وإذا شهدت بينة لرجل أن فلاناً أبرأه من جميع الدعاوى وأنه آخر كل حق له مطلب من جميع المعاملات ثم أراد أن يستحلفه بعد ذلك وادعى أنه قد غلط أو نسي فليس ذلك له، وكذلك إن شهد عليه بذكر حق مسمى. وفي الكتاب إنه لم يبق له عليه ولا قبله حق ولا عنده أو شهدوا له أنه لم يبق بينه وبينه معاملة غير ما في هذا الكتاب، فليس له بعد ذلك أن يستحلفه على غير ذلك، يريد مما قبل تاريخ الكتاب، وكذلك لو قال الذي أقر بالحق ليس هذا الذي أديت علي وغلطت في الحساب فليس له أن يحلف رب الحق على ذلك، ولو كان له ذلك ما نفعت البراءة ولا انقطعت المعاملة.

تنبيهات: الأول: ذكر صاحب الطراز في ترجمة مباراة الوصي عن اليتيمة ما يخالف ما نقله صاحب النوادر والمؤلف ونصه: انظر لو انعقد بين شخصين أنه لم يبق لواحد منهما دعوى ولا حجة ولا يمين ولا علقة بوجه من الوجوه كلها قديمها وحديثها، ثم قام أحدهما على صاحبه بحق قبل تاريخ الإشهاد المذكور وثبت ببينة أنه يأخذه صاحبه به ولا يضره الإشهاد، لأن ظاهر الإشهاد المذكور لم يقصدا فيه لإسقاط البينة. قاله ابن عتاب. قال البرزلي: فعلى هذا

فضل من الألف بقدر قيمته، فإن ذكر أن القيمة تستغرق الألف بطل استثناؤه ولزمه الألف. **(وإن أبرأ فلاناً بما له قبله أو من كل حق أو أبرأه برىء مطلقاً ومن القذف والسرقة فلا تقبل دعواه وإن**

يفتقر إلى ذكر إسقاط البينة الحاضرة والغائبة في السر والإعلان، ومن أقام منهما بينة فهي زور وإفك لا عمل عليها. انتهى من آخر مسائل الأنكحة من مختصر البرزلي، وما قاله خلاف المشهور. انظر نوازل ابن الحاج.

الثاني: ظاهر كلام المؤلف بل صريحه، وظاهر كلام المازري الذي نقله ابن غازي أن الإبراء يشمل الأمانات وهي معينات، وفي كلام القرافي في الذخيرة ما يقتضي مخالفة ذلك ونصه في آخر كتاب الدعاوى تنبيه: الإبراء من المعين لا يصح بخلاف الدين فلا يصح «برأتك من داري التي تحت يدك» لأن الإبراء الإسقاط، والمعين لا يسقط. نعم يصح فيه الهبة ونحوها انتهى. وهو كلام ظاهر في نفسه إلا أن المراد من قول القائل «أبرأتك من داري التي تحت يدك» أي أسقطت مطالبتي بها. ولا شك أن المطالبة تقتضي الإسقاط فالكلام على حذف مضاف فتأمله، مع أن ما ذكره القرافي خلاف ما صرح به ابن عبد السلام في أول كتاب الصلح من الإسقاط في المعين، وأن لفظ الإبراء أعم منه لأنه يطلق على المعين وغيره فراجعه وتأمله والله أعلم.

الثالث: قول المؤلف: «برىء مطلقاً» يحتمل أن يريد سواء كان الذي أبرأه منه معلوماً أو مجهولاً كما قال في باب الوكالة: وأبرأ وإن جهله الثلاثة. وفي المذهب مسائل لا يفسدها الجهل. وانظر كلام ابن رشد المشار إليه عند كلام المصنف في الوكالة. قال القرافي في باب الحمالة نظائر قال العبدي: يجوز المجهول في الحمالة والهبة. زاد غيره: الوصية والبراءة من المجهول والصلح والخلع والصداق في النكاح والصدقة والقراض والمساقاة والمغارسة فتكون إحدى عشرة مسألة.

الرابع: ما ذكره ابن عرفة عن ابن رشد من أن لفظة «عندي» تقتضي الأمانة ولفظة «عليه» تقتضي الذمة. نقل مثله في المسائل الملقوطة عن ألغرناطي ونصه: ومن أقر لرجل أنه لا حق له عليه عنده برىء من الحقوق الواجبة من الضمانات والديون، وإن أقر أنه لا حق له عنده برىء من الضمانات والأمانات. انتهى من وثائق أبي إسحاق الغرناطي.

فروع: الأول: إذا عمم المبارآت بعد عقد الخلع فأفتى ابن رشد أنه راجع لجميع الدعاوى كلها مما تتعلق بالخلع أو بغيره، وأفتى غيره بأنه يرجع إلى أحكام الخلع خاصة. ذكره البرزلي في مسائل الخلع وهي في نوازل ابن رشد من مسائل الطلاق، وذكرتها في الباب الأول من كتاب الالتزام الذي ألفته.

الثاني: قال البرزلي في أثناء مسائل الأقضية والشهادات ناقلاً له عن تعليقة التونسي ما نصه وهو: أن رجلاً قام بعقد استرعاء وطلب إثباته على رجل فقال هذا الرجل إنه ساقط عني بإشهاد هذا القائم على نفسه بقطع دعواه عني وأن كل بينة مسترعاة قديمة أو حديثة فهي

دَعْوَاهُ، وَإِنْ بَصِكٍّ، إِلاَّ بِبَيِّنَةٍ، أَنَّهُ بَعْدَهُ، وَإِنْ أَبْرَأَهُ مِمَّا مَعَهُ. بَرِىءَ مِنَ الأَمَانَةِ لاَ الدَّيْنِ.

ساقطة، فقال القائم إني لم أفهم هذه الوثيقة المنعقدة بيني وبينك وهي معقودة على الكمال. جوابها: إن شهد بها فإنها تمضي على القائم فإن قوله «لم أفهمها» إبطال لها وتزوير لشهودها، وهذا باب عظيم إن فتح للخصام بطلت به حقوق كثيرة وبينات محققة، وسد هذا الباب واجب انتهى. ويشهد لما قاله مسائل متعددة من نوازل ابن رشد والله أعلم.

الثالث: قال البرزلي في أواخر مسائل الوكالات مسألة: لا يجوز للوصي أن يبرىء عن المحجور البراءة العامة وإنما يبرىء عنه في المعينات، وكذلك المحجور يقرب رشده لا يبرئه إلا من المعينات ولا تنفعه المبارأة العامة حتى يطول رشده كستة أشهر فأكثر. ونص عليه المتيطي. ومن هذا لا يبرىء القاضي الناظر في الأحباس المبارآت العامة وإنما يبرئه من المعينات، وإبراؤه عموماً جهل من القضاة. وقد رأيت ذلك لقاضٍ يزعم المعرفة ولا يعلم صناعة القضاء، وكذلك رأيت تقديم قاضٍ آخر لناظر في حبس معين وجعل بيده من ذلك النظر التام العام وجعله مصدقاً في كل ما يتولى دخله وخرجه دون بينة لثقته بالقيام به. وهذا أيضاً جهل لأن أحوال الأحباس كأموال الأيتام وقد قال تعالى: ﴿فإذا دفعتم إليهم أموالهم فاشهدوا عليهم﴾ [النساء: ٦] يقول لئلا تضمنوا ويقول الآخر لئلا تحلفوا، فعلى كل حال لا يصرف الأمر إليهم على حد ما يصرفه الإنسان في مال نفسه إذ ليس له تصرف إلا على وجه النظر فهو محجور عن التصرف التام انتهى. ص: **(فلا تقبل دعواه وإن بصك إلا ببينة أنه بعده)** ش: قال في سماع أبي زيد مَن مِن الشهادات: وسئل عن رجل أتى بشاهدين يشهدان أن هذا المدعي أقر عندنا منذ شهرين أن ليس له قبل فلان شيء ولا يدري الشاهدان اللذان شهدا على الحق قبل هؤلاء أم بعد. قال: أرى أن يقضي بشاهدي المطلوب. ابن رشد: المعنى أن المطلوب أقر بالعشرين وادعى البراءة منها واستظهر على ما ادعاه بإقرار الطالب أنه لا شيء عنده، فالطالب يقول إنما أقررت قبل أن تجب العشرون، والمطلوب يقول إنما أقررت بعد وجوبها فقيل: القول قول المطلوب، وهو قول

بصك إلا ببينة أنه بعده وإن أبرأه مما معه برىء من الأمانة إلا الدين) من رسم الرطب في شريكين تحاسباً فكتب أحدهما لصاحبه براءة من آخر حق له قبله ثم جاء يذكر حقاً لم يقع اسمه في البراءة فادعى أنه قد دخل في البراءة قال: يحلف ويبرأ. ومن كان عليه دين فكتب براءة من آخر حق له فأتى بذكر حق له لا يعلم أقبل البراءة هو أم بعدها، إن كان حياً حلف وبرىء، وإن كان ميتاً فلا شيء له، ومن ابن سلمون: من اكترى داراً مشاهرة فإن دفع كراء شهر معين براءة لما قبله من الشهور. انظر قبل هذا عند قوله: «فلا نفقة للحمل». ومن الكافي: من قال لا حق لي على فلان من الحقوق الواجبات من الضمانات والديون، وإن قال لا حق لي قبله أو عنده برىء من الضمانات والأمانات. انظر في أواخر طرر ابن عات ترجمة وثيقة في براءة. انظر ترجمة جامع في الوصية بالمجهول وما شك فيه وفي آخر وصايا النوادر.

ابن القاسم في هذه الرواية، لأن قوله «يقضي بشاهدي المطلوب» معناه يقضي بأن يكون القول قوله من أجل شهادة شاهديه. وقيل: القول قول الطالب وهو الذي يأتي على قول ابن نافع في سماع يحيى من كتاب الدعوى والصلح، وهذا إذا كانت بينهما مخالطة، ولو لم تكن بينهما مخالطة لكان القول قول المطلوب قولاً واحداً، ولو كان له قبله حق قديم غير هذا لكان القول قول الطالب قولاً واحداً بدليل ما في سماع أشهب من الوديعة. وجه الأول أنه لا يشهد أحد بأنه لا حق له عند من يكون له عنده حق. ووجه الثاني أن الدين وجب على الطالب بإقراره فلا يسقط إلا بيقين وهو الأظهر، وكذلك إذا أقر المطلوب بالعشرين وأتى ببراءة منها وقال هي التي أقررت بها وقال الطالب غيرها، يكون القول قول الطالب إن كان له قبله غيرها، والقول قول المطلوب إن لم يكن له غيرها قبله ولا بينهما مخالطة، ويختلف إن لم يكن له قبله حق وكانت بينهما مخالطة على القولين المذكورين. ولسحنون في نوازله من المديان ثالث في المسألة وهو تفرقته بين أن يأتي المطلوب ببراءة واحدة تستغرق العدد، أو ببراءات متفرقات وهو قول ضعيف. وأما إن كان المطلوب منكراً للعشرين التي قامت عليه البينة بها فلا إشكال، ولا اختلاف أن القول قول الطالب إذ لا تسقط بينته بأمر محتمل، وإنما تختلف إذا أتى ببينته أنه قضاه العشرين بعد الإنكار وبالله التوفيق انتهى.

وقول ابن نافع الذي أشار إليه ابن رشد في سماع يحيى هو في رسم الأقضية ونصه: وسألت ابن وهب عن الرجل يدعي عليه رجل بمائة دينار فيدعي المدعى عليه أنه قضاه مائة دينار وعشرين ويأتي على ذلك بالبينة ولا تشهد البينة على المائة الدينار بعينها أنها دخلت في المائة والعشرين، فيقول الطالب إنما لي عليك مائة دينار من ثمن عطر بعتكه وثبت له ذلك بالبينة أو بإقرار المشتري، فيقول له الطالب هات البينة أنك قضيتني ثمن العطر بعينه ويقول المشتري قضيتك مائة وعشرين ثمن العطر فيها، فهل يبرأ المطلوب بهذه الشهادة؟ وسألت ابن القاسم عنها فقال: يحلف المدعى عليه بالله لقد دخلت المائة دينار ثمن العطر في المائة والعشرين التي قضاه، ثم لا شيء عليه. قال: ولقد بلغني عن بعض العلماء أنه سئل عن رجل ادعى على رجل بألف دينار وأتى بذكر حق فأتى المدعى عليه ببراءة من ألفي دينار قال: يحلف المدعى عليه ويبرأ وهذا أمر الناس عندنا. قال يحيى: وسألت ابن نافع عن ذلك فقال: إن كانت بينهما مخالطة معروفة وملابسة فالبينة على المطلوب أن المائة دينار ثمن العطر دخلت في المائة والعشرين وإلا غرم، لأن المخالطة التي جرت بينهما تدل على أنه قد عامله في غير العطر. قال ابن رشد: سقط جواب ابن وهب في أكثر الكتب وثبت في بعضها قال: نعم. فقوله مثل قول ابن القاسم ومثل ما حُكي عن بعض العلماء، وأما قول ابن نافع فهو خلاف لهم إذ لا فرق في مذهبهم بين أن يكون بينهما مخالطة أو لا يكون القول عندهم قول المطلوب في الوجهين جميعاً حتى يأتي الطالب بمن يشهد له أنه كان له عليه دين سواه. ولا

اختلاف إذا لم تكن بينهما مخالطة أن القول قول المطلوب ولا في أنه إذا علم أنه كان له عليه دين غيره في أن القول قول الطالب، وإنما الخلاف إذا كان بينهما مخالطة وملابسة انتهى. وله في رسم إن خرجت من سماع عيسى من الكتاب المذكور نحو ذلك ونصه: وسئل عن رجل كان له على رجل حق منذ عشرين سنة فقام به عليه اليوم، فزعم الذي عليه الحق أنه قد قضاه فتأتي البينة أنه قد قضاه منذ تسع سنين أو نحوها، ويأتي صاحب الحق بالبينة أنه أقر له منذ سنين فبأي الشاهدين يؤخذ؟ قال: يؤخذ بأحدثهما وهي الشهادة على الإقرار.

قال ابن رشد: هذا كما قال إن الذي يوجبه الحكم أن يؤخذ بالشهادة على الإقرار لأنه لما أقر له بالحق بعد أن قامت البينة على القضاء حمل على أن القضاء إنما كان له من حق آخر قبله كما لو أقر أنه كان له قبله حق آخر فقضاه فادعى صاحب الحق أنه إنما كان ذلك لحق قديم، لكان القول قوله. ولو كان أقام البينة على القضاء فادعى صاحب الحق أن القضاء إنما كان ذلك لحق آخر كان له قبله وأنكر المطلوب أن يكون له قبله سوى هذا الذي قد قضاه، لكان القول قول المطلوب باتفاق وإن لم يكن بينهما مخالطة قديمة.

واختلف إن كان بينهما مخالطة فقيل القول قول الطالب، وقيل القول قول المطلوب. ولسحنون في نوازله من كتاب المديان ثالث انتهى، فعلم من هذا الكلام أنه إذا كان القول قول المطلوب أو الطالب فذلك مع يمينه. ونص على ذلك أيضاً في النوادر في كتاب الدعوى والصلح وهو بين. واتضح به أيضاً قول ابن رشد المتقدم في مسألة كتاب الشهادات وهو قوله «ولو كان له قبله حق قديم كان القول قول الطالب قولاً واحداً» وإن كان ذلك لا يدخل في مسألة قيام البينة بالبراءة بل إذا قامت البينة بالبراءة سقط كل ما كان قبلها ولو أقر به كما سيأتي في كلام ابن رشد إن شاء الله. وإنما ذلك في قيام البينة بالقضاء بشيء مخصوص فيدعي الطالب أن له عليه حقين، وأن الذي ادعاه وقامت له به البينة غير الذي شهدت بينة المطلوب بقضائه ويدعي المطلوب أنه قضاهما جميعاً. فهذا هو الذي لا خلاق في أن القول قول الطالب يحلف ويأخذ حقه وهو بين أيضاً. ونص كلام ابن رشد المشار إليه هو في أول رسم من كتاب المديان. وسمعت مالكاً يقول في الشريكين يتحاسبان فيكتب أحدهما لصاحبه البراءة من آخر حق قبله، ثم جاء بذكر حق قبله لم يقع في أصل البراءة اسمه، فادعى صاحب البراءة أنه قد دخل هو وغيره. قال: يحلف بالله لقد دخل في حسابنا ويبرأ منه لأن القوم إذا تحاسبوا دخل أشباه هذا بينهم، فلو كان من جاء منهم بعد ذلك بذكر حق فيه شهداء أخذ بما فيه لم يتحاسبوا ليبرأ بعضهم من تباعة بعض. قال ابن رشد: هذا بين لا إشكال فيه ولا اختلاف، لأن ذكر الحق الذي قام به الطالب قبل البراءة، وإذا كان قبلها فالقول قول المطلوب أنه قد دخل في البراءة لأن الحقوق إذا كانت بتواريخ مختلفة، فالبراءة من شيء منها دليل على البراءة مما قبله، وهذا من نحو قولهم فيمن أكرى داراً مشاهرة أو مساناة إن دفع كراء شهر أو

....

سنة براءة للدافع مما قبل ذلك. ومثل ما في رسم الأقضية من سماع أشهب في التخيير والتمليك في الذي يبارىء امرأته وهي حامل على أن تكفيه مؤنة الرضاع ثم تطلبه بنفقة الحمل فقال: لا شيء عليه لأنه يعرف أنه لم يكن يمنعها الرضاع أو يعطيها هذا. وإنما الاختلاف إذا قام بذكر حق فزعم أنه بعد البراءة وزعم المطلوب أنه قبل البراءة وأنه دخل فيها وذلك على ثلاثة أقوال. مضى تحصيلها في سماع أبي زيد من الشهادات انتهى.

تنبيه: إنما يلزم المطلوب اليمين إذا حقق الطالب الدعوى وأنها بعد البراءة، ولو قال لا أعلم كانت اليمين يمين تهمة وتجري على أيمان التهم. قال في الرسم الثاني من كتاب المديان أيضاً: وسئل مالك عمن كان له على رجل دين فقضاه واكتتب منه براءة فيها وهو آخر حق كان له عليه، فيأتيه بعد ذلك بذكر حق لا يعلم أكان قبل البراءة أو بعدها. قال: أرى براءته من ذلك أن يحلف لقد دخل هذا الذكر الحق في هذه البراءة ويبرأ من ذلك، ولعله أن يأتي بذلك عليه بعد موته فلا يكون له ذلك. قال ابن رشد: المعنى في هذه المسألة أن الطالب لما أتى بذكر الحق أشكل، أكان قبل البراءة أو بعدها، إما لكونهما مؤرخين بشهر واحد أو عاريين من التاريخ أو أحدهما، ووقع قوله: «لا يعلم أكان قبل البراءة» معرى من الضبط، فإن كان أراد أن الطالب لا يعلم أكان ذكر الحق الذي قام به قبل أو بعد فإيجابه اليمين على المطلوب لقد دخل هذا الذكر الحق في هذه البراءة مختلف فيه لأنها يمين تهمة من غير تحقق دعوى، فيجري على الخلاف المعلوم في لحوق يمين التهمة وصرفها. وإن كان أراد أن الطالب ادعى أن ذكر حقه الذي قام به بعد البراءة وحقق الدعوى بذلك ولم يعلم صحة قوله لالتباس التواريخ، فلا اختلاف ولا إشكال في لحوق اليمين ولا في وجوب صرفها إلا أنه اختلف هل يكون القول قول الطالب أو المطلوب انتهى. ونص ما لسحنون في نوازله الذي أشار إليه ابن رشد قيل له: أرأيت إن أتى بذكر حق له على رجل فيه ألف دينار فأتى المشهود عليه ببراءة ألفي دينار يزعم أن تلك الألف دخلت في هذه المحاسبة والقضاء. قال: يحلف ويبرأ. قيل له: فإن أتى ببراءات متفرقة إذا اجتمعت مع الذكر الحق أو الذكورات الحق كانت أكثر أو أقل وليس شيء من ذلك منسوباً أنه من الذكورات الحق ولا غير ذلك. فقال: إذا كانت البراءات متفرقة وليس واحد منها إذا انفردت فيها جميع هذه الذكورات الحق أو الذكر الحق فإني لا أراها براءة مما ثبت قبله، وإن كان في واحد منها جميع هذا الحق وصارت بقية البراءات زيادة على ما ثبت قبله فإني أرى أن يحلف ويبرأ. قال ابن رشد: تفرقة سحنون هذه ضعيفة لا وجه لها لأن الحق يقضى مجتمعاً ومتفرقاً شيئاً بعد شيء. وقد روى ابنه أنه رجع إلى أن يبرأ بالبراءات المتفرقة، وإن كان ليس في واحدة منها إذا انفردت كفافاً بالذكر الحق، ولو قيل إنه إن كان البراءة أو البراءات إذا اجتمعت أكثر من ذكر الحق لم تكن براءة لكان لذلك وجه بأن يقال: المعنى في ذلك أن المطلوب أنكر المخالطة وزعم أنه لم يبايعه سوى هذه المبايعة التي فيها ذكر

....

الحق وادعاها الطالب، فإذا لم يكن في البراءة الواحدة أو البراءات أكثر من ذكر الحق لم يكن للطالب دليل على ما ادعاه من المخالطة، فوجب أن يحلف المطلوب أنه لم يكن له سوى ذكر الحق وتكون البراءة أو البراءات براءة له منه وإن كان في البراءة الواحدة أو البراءات زيادة على ذكر الحق كان في ذلك للطالب دليل على ما ادعاه من المخالطة وأنه عامله غير هذه المعاملة، فوجب أن يحلف الطالب أنه قد عامله فيما سوى هذا الحق، وأن البراءة أو البراءات التي استظهر بها المطلوب إنما هي من ذلك فلا يكون شيء من ذلك براءة للمطلوب من ذكر الحق انتهى. وهذا إذا لم يكن في البراءة المتأخرة أنه لم يبق له قبله حق وأن هذا آخر حق له قبله، فإن كان فيها ذلك كان القول قول المطلوب بيمين إن لم يعلم التاريخ على قول ابن القاسم، ودون يمين إن كان ذكر الحق الذي بيد الطالب تاريخه مقدماً على تاريخ البراءة التي فيها ذلك بلا خلاف كما تقدم.

وقال في رسم الكراء والأقضية من سماع أصبغ وسمعت ابن القاسم: وسئل عن الرجل يأتي بذكر حق فيه شهود على رجل بمائة دينار ويأتي المطلوب ببراءة دفعها إليه لا يدري شهودها، أكانت قبل ذلك الذكر بحق أو بعده ليس فيها تاريخ. قال: يحلف ويبرأ يعني صاحب البراءة. قلت: يعني يحلف أنه قضاء لذلك الحق ويبرأ. وقاله أصبغ. وهذا هو القضاء وصوابه، ولا يجعل له مالين كما لو كان للحق تاريخ والبراءة بعده بمال دفعه وادّعى صاحب الحق أنه غيره لم يقبل قوله الآخر لأنه هو بريء. وسئل عن رجل أتى بذكر حق على رجل فيه ألف دينار، فأتى المشهود عليه ببراءته بألفي دينار، فزعم أن تلك الألف دخلت في هذه المحاسبة والقضاء، وأتى ببراءات متفرقة إذا اجتمعت استوت مع الذكر الحق أو الذكورات الحق أو كانت أكثر أو أقل. وليس من ذلك شيء منسوب ليس فيه شيء يشبه أن يكون من الذكورات الحق ولا غير ذلك ويقول في الأكثر قد دخل فيه عند الحساب والقضاء مع غيره، فرأى ذلك كله سواء وأنه له براءة ويحلف في ذلك إن ادعى الآخر غير ذلك. وقاله لفظاً ثابتاً ويتم له بقية الذكورات إذا كانت البراءات أقل من ذلك. قال: وهو أحب إلي وهو الذي أرى وأستحسن. قال أصبغ: رددتها عليه مرة بعد مرة فثبت على ذلك. قال أصبغ: كله باب واحد وهو كالطلاق وللطلاق تفسير. قال ابن رشد: مساواته في هذه الروايات بين أن تكون البراءة الواحدة أو البراءات أقل من ذكر الحق أو أكثر فإنها براءة للمطلوب هو المشهور في المذهب الأظهر من الأقوال، وقد قيل: إنها لا تكون له براءة، وهو قول ابن نافع في سماع يحيى من الدعوى والصلح وذلك إذا كانت بينهما مخالطة، وأما إن لم تكن بينهما مخالطة فلا اختلاف في أنها تكون له براءة انتهى. ثم تكلم على قوله: «وهو كالطلاق» الخ ونقلت كلامه في باب الرجعة فراجعه، واستظهار ابن رشد هنا للقول الأول خلاف ما تقدم له في سماع أبي زيد من الشهادات من استظهار قول ابن نافع، فلعله رجع إلى استظهار القول الأول لأن كلامه هنا

متأخر عن ذلك، وصرح هنا بأن الأول هو المشهور. وما أشار إليه ابن رشد في كلامه المتقدم في سماع أشهب من الوديعة هو في رسم الأقضية ونصه: وسئل مالك فقيل له: كانت لي عند رجل ثلاثة وعشرون ديناراً وديعة فكنت آخذ منه الشيء بعد الشيء حتى بقيت لي عنده ثمانية عشر، فسألته إياها فقال دفعتها في بعض حاجتي ولكن اكتبها علي فكتبتها عليه بالشهود والبينة مؤرخة، فغبت ثم رجعت فتقاضيته إياها فجاء ببراءة مكتوب فيها براءة لفلان بن فلان من أربعة دنانير ليست الأربعة مؤرخة ولا منسوبة من الثمانية عشر ولا من الثلاثة والعشرين، فهو يقول من الثمانية عشر وأقول من الثلاثة والعشرين التي كانت لي عليك قبل أن أكتب عليك الثمانية عشر فقال: أيقر لك بأنه قد كان لك عليه ثلاثة وعشرون؟ فقال: لا. فأطرق طويلاً ثم قال: إن أقمت البينة أنه قد كانت عليه ثلاثة وعشرون ديناراً حلفت بالله ما هذه البراءة من الثمانية عشر وكانت له عليه. ابن رشد: وهذا كما قاله إنه إذا أقر أنه كانت له عليه ثلاثة وعشرون أو أقام عليه بذلك البينة كان القول قوله أن البراءة ليست من الثمانية عشر وأنها من الثلاثة والعشرين، ولو لم يقر بذلك ولا قامت عليه به بينة لكان القول قول المطلوب أنها من الثمانية عشر باتفاق إن لم يكن بينهما مخالطة. وقال في النوادر في كتاب الإقرار في الترجمة التي بعد ترجمة الإقرار بالمجهول: قال ابن المواز: وإذا دفع إليه خمسين ديناراً وكتب له أن ذلك آخر حق له قبله ثم قام عليه بحق، فقال هو بعد البراءة وقال الآخر قبلها، فكلما أشكل من هذا أهو قبل البراءة أم بعدها فلا يقضى به، وكذلك لو أخرج هذا ذكر حق لا تاريخ فيه وبيد الآخر براءة لا تاريخ فيها فالبراءة أحق، وإن كان في أحدهما تاريخ حكم بالذي فيه التاريخ وبطل الآخر انتهى والله أعلم. فتحصل من هذه النصوص أنه إن كان الحق الذي يقوم به قبل تاريخ البراءة فلا اختلاف أن القول قول المطلوب بأنه دخل في البراءة كما قاله ابن رشد في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب المديان وفي غير موضع. وظاهر كلامه أيضاً أنه لا يلزمه يمين ولو ادعى عليه أنه نسيه أو غلط كما تقدم عن النوادر. ونقل ابن بطال في باب جامع في الأيمان من مقنعه كلام النوادر برمته وقبله، ورأيته مكتوباً على هامش نسخته التي بيده ما صورته في هذا خلاف في لحوق اليمين وبلحوقها العمل، انظر نوازل ابن الحاج والمفيد والفتحونية فانظره. وما ذكره ابن رشد والمصنف من أنه لا يقبل دعواه بعد البراءة هو المعروف من المذهب، وما ذكره ابن عات في ترجمة مباراة الوصي فهو بعيد. وأما إن كان الحق الذي يقوم به لم يتحقق أنه بعد تاريخ البراءة بل أشكل أمره، أكان قبلها أو بعدها، إما لكونهما مؤرخين بشهر واحد، أو عاريين من التاريخ، أو أحدهما مؤرخ والآخر غير مؤرخ، فلا يخلو إما أن يتحقق الطالب أنه بعد البراءة، أو يقول لا علم لي فإن حقق أنه بعد البراءة ففي ذلك ثلاثة أقوال: أحدها أن القول قول المطلوب مع يمينه، وهو قول ابن القاسم في المدونة وابن وهب وغيرهما. قال ابن رشد في رسم الكراء والأقضية من كتاب المديان: وهو المشهور

فصل في الاستلحاق

إِنَّمَا يَسْتَلْحِقُ الأَبُ مَجْهُولَ النَّسَبِ،

في المذهب والأظهر من الأقوال كما تقدم. والثاني أن القول قول الطالب مع يمينه، وهو قول ابن نافع واستظهره ابن رشد أيضاً في سماع أبي زيد من كتاب الشهادات كما تقدم أيضاً. والثالث تفرقة سحنون بين أن يأتي المطلوب ببراءة واحدة تستغرق جميع العدد فيكون القول قول المطلوب، أو يأتي ببراءات متفرقة إذا جمعت كانت مثل الحق أو أكثر أو أقل فلا يبرأ. قال ابن رشد في نوازل سحنون: وهذه تفرقة ضعيفة لا وجه لها كما تقدم أيضاً. وهذا إذا كانت بينهما مخالطة، وأما إذا لم يكن بينهما مخالطة فالقول قول المطلوب قولاً واحداً. قاله ابن رشد في سماع أبي زيد من كتاب الشهادات كما تقدم، وأما إن لم يحق الطالب أن الحق الذي قام به بعد البراءة، وإنما قال لا علم لي، فالقول قول المطلوب ولم يحك ابن رشد فيه خلافاً كما تقدم، وإنما حكى الخلاف في وجوب اليمين عليه وإجرائه على الخلاف في يمين التهمة. قاله في الرسم الثاني من سماع ابن القاسم من كتاب المديان.

تنبيهان: الأول: علم مما تقدم أن قول المصنف: «لا تقبل دعواه وإن بصك شامل لما علم أنه قبل تاريخ البراءة ولما جهل وأن القول في ذلك قول المطلوب، يريد مع يمينه إذا جهل التاريخ كما صرح به ابن رشد في الرسم الثاني من سماع ابن القاسم من كتاب المديان. وفي رسم الأقضية من سماع يحيى من كتاب الدعوى والصلح وغيرهما. وأما إذا علم أنه قبل تاريخ البراءة ففي لحوق اليمين ما تقدم عن النوادر وابن رشد وما رأيته على هامش النسخة التي من كتاب ابن بطال.

الثاني: ذكر ابن غازي رحمه الله استظهار ابن رشد لقول ابن نافع فقط ولم يذكر تشهيره للقول الذي مشى عليه المؤلف واستظهاره إياه مع أنه قول ابن القاسم وابن وهب وغيرهما فلذلك اعتمده المصنف وكأن ابن غازي لم يقف على الكلام الثاني والله أعلم.

الاستلحاق

قال ابن عرفة: هو ادعاء المدعي أنه أب لغيره فيخرج قوله «هذا أبي» «وهذا أبو فلان» انتهى. ص: (**فصل إنما يستلحق الأب مجهول النسب**) ش: أتى بأداة الحصر لينبه أن

فصل

ابن شاس: الباب الرابع في الإقرار بالنسب. روى ابن القاسم عن مالك أنه قال: الاستلحاق تسعة عشر العلم وهذا الباب أكثره محمول على ذلك (**إنما يستلحق الأب**) ابن رشد: ولا خلاف أعلمه أن المرأة لا يجوز لها استلحاق. ومن المدونة: وإن نظرت امرأة إلى رجل فقالت ابني ومثله يولد

....

الاستلحاق لا يصح إلا من الأب فقط وهذا هو المشهور. وحكى الباجي وغيره عن أشهب أن الجد يستلحق، وتأوله ابن رشد بما سيأتي فإنه قال في المسألة الثاني من نوازل أصبغ من كتاب الاستلحاق، قلت: فإن استلحق ولد ولد فقال هذا ابن ابني وابنه ميت، هل يلحق به إذا كان له وارث معروف كما يلحق به ابنه لصلبه؟ قال: لا لأن ولد الولد هذا بمنزلة الأخ والعصبة ولا ولي لا يجوز استلحاقه إذا كان له وارث معروف، وذلك أن ابنه لو كان حياً فأنكر أن يكون ابنه لم يكن للجد أن يستلحقه ابن رشد: هذا كما قال إنه لا يجوز للرجل أن يلحق بولده ولداً هو له منكر. وقيل: إذا استلحق الجد ولد ولده لحق به. حكاه التونسي وليس بصحيح إلا على ما يذكره. فإن قال هذا ابن ولدي أو ولد ابني لم يصدق، وإن قال أبو هذا ابني أو والد هذا ابني صدق. والأصل في هذا أن الرجل إنما يصدق في إلحاق ولد بفراشه لا في إلحاقه بفراش غيره، وهذا لا ينبغي أن يختلف فيه اهـ. ونحوه في نوازل سحنون ونقله ابن عرفة وزاد بعده: قلت: قال الباجي: قال مالك في كتاب ابن سحنون: لا يصح استلحاق الجد ولا يصح إلا من الأب. سحنون: ما علمت فيه خلافاً، وقال أشهب: يستلحق الأب والجد انتهى. ونقل كلام الباجي كالمنكت به على ابن رشد. وخرج بأداة الحصر استلحاق الأم. قال ابن عرفة: واستلحاق الأم لغو. وفي نوازل سحنون من كتاب الاستلحاق في رجل له امرأة وله ولد فتزعم المرأة أن الغلام ولدها من زوج غيره، ويزعم الرجل أن الغلام ولده من امرأة غيرها، أنه يلحق بالزوج ولا يقبل قول المرأة. ابن رشد: لا اختلاف أعلمه أن المرأة لا يجوز لها استلحاق ولدها بخلاف الأب، لأن الولد ينتسب إلى أبيه لا إلى أمه، ولولا ما أحكم الشرع لكان نسبته إلى أمه أولى لأنها أخص به من أبيه لأنهما اشتركا في الماء واختصت بالحمل والوضع انتهى. وقال ابن عرفة: وفي القذف منها إن نظرت امرأة إلى رجل وقالت ابني ومثله يولد لها وصدقها لم يثبت نسبه منها إذ ليس هنا أب يلحق به، وفي الولاء منها إن جاءت امرأة بغلام مفصول ادعت أنه ولدها لم يلحق بها في ميراث ولا يحد من افترى عليها به انتهى.(وقوله «مجهول

لها وصدقها لم يثبت نسبه منها إذ ليس هنا أب يلحق به، وإن جاءت امرأة بغلام مفصول فادعت أنه ولدها لم يلحق بها في ميراث ولا يحد من افترى عليه. ومن كتاب ابن سحنون قال مالك: ولا يصلح استلحاق الجد. ابن رشد: إن قال هذا ابن ولدي أو ولد ابني لم يصدق، وإن قال أبو هذا ابني أو والد هذا ابني صدق لأن الرجل إنما يصدق في إلحاق ولده بفراشه لا في إلحاقه بفراش غيره، وهذا مما لا ينبغي أن يختلف فيه. ومن الاستغناء قال ابن القاسم وغيره: إذا أقر الرجل بابن جاز إقراره ولحق به صغيراً كان أو كبيراً، أنكر الابن أو أقر. قال في المدونة: ومن ولد عنده صبي فأعتقه ثم استلحقه بعد طول الزمان لحق به وإن أكذبه الولد **(بمجهول النسب)** من المدونة قال مالك: من ادّعى ولداً لا يعرف كذبه فيه لحق به. قال ابن القاسم: والذي يتبين له كذبه مثل أن يكون له أب معروف أو هم

إِنْ لَمْ يُكَذِّبْهُ الْعَقْلُ لِصِغَرِهِ، أَوْ الْعَادَةَ، إِنْ لَمْ يَكُنْ رِقًّا لِمُكَذِّبِهِ أَوْ

النسب» هو أيضاً مما دخلت عليه أداة الحصر أي إنما يصح استلحاق الأب ولداً مجهول النسب، أما من كان نسبه معلوماً فلا يصح استلحاقه. قال في كتاب أمهات الأولاد من المدونة: ومما يعرف به كذبه أن يكون لهم أب معروف أو هم من المحمولين من بلد يعلم أنه لم يدخله قط كالزنح والصقالبة، أو تقوم بينة أن أم هذا الصبي لم تزل زوجة لغير هذا المدعي حتى ماتت. فإن قالوا لم تزل ملكاً لغيره فلا أدري ما هذا ولعله تزوجها انتهى. قال في تهذيب الطالب: قال بعض أشياخنا: إذا قامت بينة أن أم الصبي لم تزل زوجة لفلان وجب الحد على هذا المدعي، وكذلك عن بعض شيوخنا إذا عرف للولد نسب وادعاه رجل أنه يحد المدعي، وكأنه نفاه من نسبه وفي هذا عندي نظر انتهى. وقال أبو الحسن في المسألة التي قامت البينة إنها لم تزل زوجة لغيره ويحد حد القذف لأنه نفاه من نسبه انتهى. وهو ظاهر.

تنبيه: ثم قال في المدونة: وإن استلحق محمولاً من بلدة دخلها لحق به، وهذا ينبني على أمر اختلف فيه هل يعتبر شرطاً في الاستلحاق أم لا، وهو أن يعلم تقدم ملك أم هذا الولد أو نكاحها لهذا المقر. قال سحنون: يعتبر. قال ابن عبد السلام: وهو قول لابن القاسم، والمشهور أن ذلك لا يعتبر وهو ظاهر ما في المدونة وهو الأظهر في النظر، لأنهم اعتبروا في هذا الباب الإمكان وحده ما لم يقم دليل على كذب المقر. انتهى كلام ابن عبد السلام. وقال أبو الحسن في قوله في المدونة من بلد يعلم أنه لم يدخله قط في بعض الروايات لا يعلم أنه دخله قط. وعليها اختصرها ابن يونس. فعلى رواية البراذعي يكون محمولاً على الصدق مع الإشكال، وعلى رواية ابن يونس يكون محمولاً على غير الصدق والله أعلم.

قلت: وكلامه في المدونة صريح في أنه لا يشترط علم ذلك. قال فيها: ومن استلحق ولداً لا يعرف له نسب لحق به وإن لم يعرف أنه ملك أمه بشراء أو نكاح، وكذلك إن استلحق عبده أو أمته لحقا به إلا أن يتبين كذبه في ذلك كله فلا يلحق به. ثم قال: ومما يعرف به كذبه أن يكون له أب معروف الخ ما تقدم. فحاصله أن سحنوناً يشترط علم تقدم النكاح أو التسري، وابن القاسم لا يشترطه. أما لو فرض أنه علم أنه لم يقع منه نكاح ولا تسر أبداً لم يلحق به، وهذا داخل في قول المؤلف «لم يكذبه العقل» لأن من علم منه عدمهما يستحيل منه الولد عقلاً لكن العلم بعدم النكاح والتسري عسير والله أعلم. ص: (**ولم يكن رقاً لمكذبه أو**

من المحمولين من بلدة لا يعلم أنه دخلها كالزنج والصقالبة أو تقوم بينة أن الأم لم تزل زوجة لغيره حتى ماتت، وأما إن استلحق مسلم محمولاً من بلدة دخلها لحق به (**إن لم يكذبه العقل لصغره أو العادة**) ابن شاس: إذا قال لعبده هذا ابني لحق به ما لم يكذبه الحس بأن يكون أكبر سناً منه أو العرف بأن يستيقن الناس أنه ليس بولده كما إذا كان الغلام سندياً وللرجل فارسياً (**ولم يكن رقاً**

مَوْلًى. لكِنَّهُ يُلْحَقُ بِهِ. وَفِيهَا أَيْضاً. يُصَدَّقُ. وَإِنْ أَعْتَقَهُ مُشْتَرِيهِ إِنْ لَمْ يُسْتَدَلَّ عَلَى كَذِبِهِ.

مولى لكنه يلحق به) ش: كذا في النسخ التي رأيناها وهو كلام متدافع لأن أول الكلام يقتضي أن شرط الاستلحاق أن لا يكون المستلحق رقاً لم يكذب المستلحق أو مولى له، وأنه إن كان كذلك لم يصح الاستلحاق. وقوله آخر «لكنه لا يلحق به» مناقض فلا يصح حمله على قول ابن القاسم في المدونة وعلى قول أشهب. قال ابن القاسم في المدونة في كتاب أمهات الأولاد: ومن استلحق صبياً في ملك غيره وبعد أن أعتقه غيره لم يصدق إذا كذبه الحائز لرقه وولائه ولا يرثه إلا ببينة تثبت. أبو الحسن: هذا هو الوجه الثالث لابن يونس ويشير إلى قول ابن يونس استحقاق الولد عند ابن القاسم على ثلاثة وجوه: وهو أن يستلحق ولداً ولد عنده من أمته أو ولد له بعد أن باعها بمثل ما تلحق فيه الأنساب ولم يطلبه المبتاع ولا زوج ولا تبين كذبه، فهذا يلحق به بلا خلاف. والثاني أن يستلحق ولداً لم يولد عنده ولا علم أنه ملك أمه بشراء ولا نكاح، فهذا يلحق به عند ابن القاسم إذا لم يتبين كذبه، ولا يلحق به عند سحنون. والثالث أن يستلحق ولداً ولد في ملك غيره أو بعده أن أعتقه غيره، فهذا لا يلحق به عند ابن القاسم. وقال أشهب: يلحق به ويكون ابناً له ومولى لمن أعتقه أو عبداً لمن ملكه انتهى. والصواب حذف قول المصنف «لكنه يلحق به» ليكون جارياً على قول ابن القاسم في المدونة. أو عدم اشتراط ما ذكر وأن يلحق بمن استلحقه مع بقاء رقه وولائه لحائزهما ليكون

لمكذبه) من المدونة قال ابن القاسم: إن استلحق صبياً في ملك غيره أو بعد أن أعتقه غيره لم يصدق إذا أكذبه الحائز لرقه أو لولائه، ولا يرثه إلا ببينة تثبت. ومن المدونة قال ابن القاسم: وإن ادّعاه بعد عتق المبتاع الأم مضى ذلك وألحقت به نسب الولد ولم أزل عن المبتاع ما ثبت من ولائهما ويردّ البائع الثمن لأنه ثمن أم ولد وقيل لابن القاسم في باب آخر: أرأيت من باع صبياً ولد عنده فأعتقه المبتاع ثم استلحقه البائع، أتقبل دعواه وينقض البيع فيه ولا يعتق؟ قال: أرى إن لم يتبين كذب البائع فالقول قوله. قال سحنون: هذه المسألة أعدل قوله في هذا الأصل. ومن المدونة أيضاً قال مالك: من باع صبياً ولد عنده ثم أقر بعد ذلك أنه ابنه لحق به وردّ الثمن إلا أن يتبين كذبه. قال ابن عبد الرحمٰن: ويرجع المشتري على البائع بنفقة الولد إلى يوم استلحاقه كمن تعمد طرح ولده فأنفق عليه رجل أنه يرجع عليه بالنفقة فكذلك هذا. وقال غيره: ليس كمن ولده بل هو كمن اشترى عبداً فاستحق بحرية لا يغرم أجر خدمته، فكذلك هذا لا يرجع بنفقته صغيراً كان أو كبيراً، وقال غيرهما: إن كان صغيراً لا خدمة فيه رجع بالنفقة، وإن كان فيه خدمة وأقر المبتاع بخدمته أو ثبت أنه خدمه فلا نفقة له والنفقة بالخدمة. ابن يونس: وهذا أعدلها. ومثله عن سحنون **(أو مولى)** تقدّم نصها: أو بعد أن أعتقه غيره **(لكنه يلحق به)** تقدم قول ابن القاسم: إن ادّعاه بعد عتق المبتاع مضى وألحقت به نسب الولد ولم أزل عن المبتاع ما ثبت له من ولائه **(وفيها أيضاً يصدق وإن أعتقه مشتريه إن لم يستدل على كذبه)** تقدم النص قيل لابن القاسم في باب آخر: إن أعتقه المبتاع ثم استلحقه البائع فإن لم يتبين كذب

....

جارياً على قول أشهب كما نقله ابن يونس عنه، بل وقع لابن القاسم أيضاً في أول سماع عيسى من كتاب الاستلحاق نحوه. وقال ابن رشد: هو الصحيح إذ لا يمتنع أن يكون ولداً للمقر به المستلحق له وعبداً للذي هو في يده. وقال: إنه خلاف ما في كتاب أمهات الأولاد من المدونة. ونص كلامه: قال عيسى: قال ابن القاسم في القوم من أهل الحرب يسلمون جماعة ويستلحقون أولاداً من زنا قال: إذا كانوا أحراراً ولم يدعهم أحد لفراشه فإنهم يلحقون به. وقد ناط عمر بن الخطاب رضي الله عنه من ولد في الجاهلية ممن ادعاهم في الإسلام إلا أن يدعيه زوج الحرة أو سيد الأمة لأنه قد قال رسول الله ﷺ «الولد للفراش وللعاهر والحجر»[1] فإذا ادعاه مع سيد الأمة أو زوج الحرة فهو أحق. قلت: والنصارى يسلمون فيدعون أولاداً من زنا كانوا في نصرانيتهم قال: يلحقون بهم لأنهم يستحلون في دينهم الزنا وغيره.

قلت: فإن استلحق رجل منهم ولد أمة مسلم أو نصراني قال: إذا ألحقه به فإن عتق يوماً ما كان ولدها ورثته. قال محمد ابن رشد: قوله في أول هذه المسألة «قال إذا كانوا أحراراً ولم يدعهم لفراش فهم ولده» يدل على أنهم إذا كانوا عبيداً لا يلحقون به وإن لم يدعهم أحد لفراش، وقد وقع مثل هذا في كتاب أمهات الأولاد من المدونة وهو خلاف قوله في آخر المسألة إذا ألحقه فإن أعتقه يوماً ما كان ولده وورثه. وهذا الذي قاله في آخر المسألة هو الصحيح إذ لا يمتنع أن يكون ولداً للمقر به المستلحق له وعبداً للذي هو في يده. وقوله: «إذا ألحقه به فإن أعتق». الخ يجوز أن يكون في اللفظ تقديم وتأخير، وحقيقته إذا ألحق به ويكون ولده، فإن عتق يوماً ورثه وبالله التوفيق. انتهى بلفظه. وفي قوله: «لأنهم يستحلون في دينهم الزنا» دليل على أنه لو كان ممن لا يستحلون الزنا لا يلحق بهم وهو كذلك، وقد نقله ابن عرفة إثر هذه المسألة ونصه أبو عمر: كان عمر ينيط أولاد الجاهلية بمن استلحقهم إذا لم يكن هناك فراش لأن أكثر فعل الجاهلية كان كذلك، وأما اليوم في الإسلام فلا يلحق ولد الزنا بمدعيه عند أحد من العلماء كان هناك فراش أم لا. الباجي: كان النكاح في الجاهلية على أربعة أضرب: الأول الاستبضاع وهو أن يعجب الرجل نجابة الرجل وسلبه فيأمر من تكون له من أمة أو حرة أن تبيح له نفسها، فإذا حملت منه رجع هو إلى وطئها حرصاً على [النجابة وهذه][2]

---

(١) رواه البخاري في كتاب الوصايا باب ٤. كتاب البيوع باب ٣، ١٠٠. مسلم في كتاب الرضاع حديث ٣٦، ٣٨. أبو داود في كتاب الطلاق باب ٣٤. الترمذي في كتاب الرضاع باب ٨. النسائي في كتاب الطلاق باب ٤٨. ابن ماجة في كتاب النكاح باب ٥٩. الدارمي في كتاب النكاح باب ٤١. الموطأ في كتاب الأقضية حديث ٢٠. أحمد في مسنده (٥٩/١، ٦٥، ١٠٤) (١٨٦/٤، ١٨٧، ٢٣٨، ٢٣٩) (٢٦٧/٥، ٣٢٦) (١٢٩/٦، ٢٠٠، ٢٣٧، ٢٤٧).

(٢) ما بين حاصرتين ساقط من الأصل وهي زيادة يقتضيها السياق.

وَإِنْ كَبِرَ

الطريقة هي التي مال إليها ابن حيث[1] قال: الذي يفيده كلام الأئمة أن الخلاف إنما هو في النطق لا في نجابة الولد. والثاني أن تكون المرأة لا زوج لها فيغشاها جماعة فإذا حملت دعتهم وقالت لأحدهم هذا منك فيلحق به ولا يمكنه الامتناع. والثالث البغايا كن يجعلن الرايات على مواضعهن فيغشاها من شاء، فإن استمر بها حمل قالت لأحدهم هو منك فيلحق به. والرابع النكاح الصحيح أبطل الإسلام الثلاثة المتقدمة انتهى.

تنبيه: لم يشرح الشارحان قول المؤلف لكنه يلحق به، وأما ابن غازي فقال: ظاهر هذا الاستدراك أنه يلحق به مع بقاء رقه أو ولائه لحائزهما، وهذا لا يقوله ابن القاسم هنا وإنما نسبه ابن يونس لأشهب ثم ذكر كلامه المتقدم ثم قال: نعم قال ابن القاسم نحو هذا في المدونة في المسألة الآتية فيمن ابتاع أمة فولدت عنده فادعى البائع بعد عتق المبتاع الأم والولد قال: هناك ألحقت به نسب الولد ولم أزل عن المبتاع ما ثبت له من ولائهما. قال أبو الحسن الصغير: الفرق بينهما أنه في الأول لم يملك أمه فليس معه قرينة تصدقه بخلاف هذه، وفي بعض نسخ هذا المختصر فإنه لا يلحق به وهو كالحشو اهـ. ص: **(وفيها أيضاً يصدق وإن أعتقه مشتريه إن لم يستدل على كذبه)** ش: قال في المدونة بعد نصها المتقدم في المسألة الأولى: قيل لابن القاسم في باب آخر: أرأيت من باع صبياً ولد عنده فأعتقه المبتاع ثم استلحقه البائع، أتقبل دعواه وينقض البيع فيه والعتق؟ قال: إن لم يتبين كذب البائع فالقول قوله. قال ابن يونس: قال سحنون: هذه المسألة أعدل قوله في هذا الأصل انتهى. فظاهر هذا أنه مخالف لنصها المتقدم أي في أمهات الأولاد في قولها «ومن استلحق صبياً في ملك غيره وبعد أن أعتقه غيره الخ. وكلام المصنف يقتضي أنه حمله على الخلاف وهو المفهوم من كلام ابن عرفة فإنه قال: ولو استلحقه بائعه بعد أن أعتقه مشتريه فقال ابن القاسم في أول الباب: إن كذبه من أعتقه لم يصدق. وقال بعده: إن لم يتبين كذب البائع قبل قوله وهو قول غيره وهو أشهب ورجحه سحنون وقال: هو أعدل قوله انتهى. وفرق أبو الحسن بينهما بأنه في الأولى لم يملك أمه فليس معه قرينة تصدقه بخلاف هذا اهـ. وهذه التفرقة غير ظاهرة لما سيأتي، ولو فرق بينهما بأن الأولى لم يدخل العبد في ملكه والثانية كان في ملكه كان أبين، فإن جميع المسائل الآتية التي قال فيها في المدونة أنه يلحق به كان العبد أو أمه في ملكه فتأمله. والظاهر حمله على الخلاف

البائع فالقول قوله قال سحنون: وهذا أعدل. وعبارة ابن عرفة: لو استلحقه بائعه بعد أن عتقه مشتريه فقال ابن القاسم أول الباب: إن أكذبه من أعتقه لم يصدق. وقال بعده: إن لم يتبين كذب البائع قبل قوله. قال سحنون: وهذا أعدل **(وإن كبر)** تقدم قول ابن القاسم: إذا أقر بابن لحق به صغيراً كان أو

(١) كذا في الأصل: «مال إليها ابن حيث» وفيه سقط واضح.

أَوْ مَاتَ وَوَرِثَهُ! إِنْ وَرِثَهُ ٱبْنٌ،

وهو المفهوم من كلام الرجراجي، والقول الثاني هو الظاهر وهو الموافق لما سيأتي من كلام المصنف وهو المأخوذ من أكثر مسائل المدونة قال فيها: ومن باع صبياً ولد عنده أو لم يولد عنده ثم استلحقه بعد طول الزمان لحق به ورد الثمن إلا أن يتبين كذبه اهـ. فظاهر هذا سواء ملك أمه أو لا. وهذه المسألة هي التي أشار المصنف إليها بقوله «أو باع ونقض». ثم قال فيها: ومن ابتاع أمة فولدت عنده ما بينه وبين أربع سنين ولم يدعه فادعاه البائع فإنه يلحق به ويرد البيع وتعود أم ولد له إن لم يتهم فيها، وإن ادعاه بعد عتق المبتاع للأم والولد ألحقت به نسب الولد، ولم أزل عن المبتاع ما ثبت له من ولائهما ويرد البائع الثمن، وكذلك إن استلحقه بعد موتهما. ولو عتقت الأم خاصة لم أقبل قوله فيها وقبلته في الولد ولحق به ورد الثمن لإقراره أنه ثمن أم الولد، ولو كان الولد خاصة هو المعتق لثبت الولاء لمعتقه وألحقت الولد بمستلحقه وأخذ الأم إن لم يتهم فيها لدناءتها ورد الثمن، وإن اتهم فيها لم ترد إليه. وكذلك الجواب إذا باع الأمة وهي حامل فولدت عند المبتاع فيما ذكرنا انتهى. وهذه المسألة هي التي أشار إليها المصنف بقوله «وإن باعها فولدت فاستلحقه» الخ. وهو قول المصنف «ولحق به الولد مطلقاً» أي سواء أعتق الأم والولد أو لم يعتقهما أو أعتق أحدهما دون الآخر إلا أن قوله في المدونة في هذه المسألة «ألحقنا به نسب الولد ولم أزل عن البائع ما ثبت له من ولائهما» خلاف قوله في المسألة الأولى أنه ينقض البيع والعتق، فتحصل من هذا أنه إذا استلحق من هو في ملك غيره أو ولائه، هل يصدق ويلحق به أو لا؟ قولان. وعلى القول بتصديقه وهو الظاهر فإن كان المستلحق من ملك غيره لم يدخل في ملكه فإنه يبقى في ملك مالكه كما تقدم عن ابن رشد في سماع عيسى، وإن كان هو البائع له فإنه يلحق به وينقض البيع إن كان المشتري لم يعتقه، وإن أعتقه المشتري فهل ينقض البيع والعتق أولاً؟ قولان. ويظهر من كلام ابن رشد ترجيح القول بنقض البيع والعتق فإنه قال في آخر نوازل سحنون: وإذا استلحق الولد الذي باع أمه وكان ولد عنده ولم يكن له نسب وهو حي، فلا اختلاف أنه يلحق به ويفسخ البيع فيه ويرد إليه ولد أو أمة أو أم ولد وإن كان الولد قد أعتق وينقض العتق وقيل: إنه لا ينقض اهـ. ولابن رشد كلام يأتي عند قول المصنف «وإن اشترى مستلحقه» **ص: (وورثه إن ورثه ابن) ش:** ظاهره أن هذا الشرط إنما هو في إرثه منه، وأما النسب فلا حق به وهو كذلك كما صرح به أبو الحسن في كتاب اللعان. وذكر ابن عرفة في كتاب اللعان في ذلك خلافاً، وظاهر كلام

كبيراً، أنكر الابن أو أقر. **(أو مات وورثه ابن)** أشهب: إذا مات ولد الملاعنة وترك مالاً وموالي ولم يقر به الأب قبل موته ثم أقر به ولم يترك ولداً ولا ولد ولد لم يصدق لأنه يتهم بجر الولاء والمال إلى نفسه، وقد وجب لأمه ومواليه أو المسلمين إن لم يكن له وارث. وإن كان ترك ولداً أو ولد ولد ذكراً

....

المصنف أنه إنما يرثه إذا ورثه ابن ذكر، وأنه إذا ورثه بنت أو غيرها لم يرثه، وهو خلاف ما تقدم له في اللعان فإنه قال: وورث المستلحق الميت إن كان له ولد أو لم يكن له وقل المال. وما قاله في اللعان هو الموافق لما في المدونة وأبي الحسن في كتاب اللعان. ونص ما في المدونة: ومن نفى ولداً بلعان ثم ادعاه بعد أن مات الولد عن مال، فإن كان لولده ولد ضرب الحد ولحق به، وإن لم يترك ولداً لم يقبل قوله لأنه يتهم في ميراثه وحد ولا يرثه انتهى. قال أبو الحسن: قال فضل بن مسلمة: إلا أن يكون المال يسيراً. قال غيره: أو يكون ولده عبداً. وهذا إنما هو في الميراث، وأما النسب فلا حق لأن إلحاق النسب ينفي كل تهمة. الشيخ: وكان ينبغي على هذا أن يرث ولكن سبق النفي إلى هذا الولد انتهى. وقال ابن عرفة في باب اللعان بعد نقله كلام المدونة: ظاهر كلامه المتقدم ولو كان الولد بنتاً. وذكر بعض المغاربة عن أحمد بن خالد أنه قال: إن كان الولد بنتاً لم يرث معها بخلاف إقرار المريض لصديق ملاطف إن ترك بنتاً صح إقراره لأنه ينقص قدر إرثها. ابن حارث: اتفقوا فيمن لاعن ونفى الولد ثم مات الولد عن مال وولد فأقر الملاعن به أنه يلحق به ويحد، وإن لم يترك ولداً لم يلحق به. واختلف في الميراث فقول ابن القاسم فيها يدل على وجوب الميراث وهو قوله: «إن لم يترك ولداً لم يقبل قوله لتهمته في الإرث، وإن ترك ولداً قبل قوله لأنه نسب يلحق به». وروى البرقي عن أشهب أن الميراث قد ترك لمن ترك ولا يجب له ميراث وإن ترك ولداً. وذكر أبو إبراهيم عن فضل إن كان المال يسيراً قبل قوله ثم قال: وما ذكره ابن حارث من الاتفاق على عدم استلحاقه إن كان الولد قد مات مثله لابن المواز وابن القاسم وأصبغ. وقال أبو إبراهيم وغيره من الفاسيين: إنما يتهم إن لم يكن له ولد في ميراثه فقط وأما نسبه فثابت باعترافه انتهى. وقد صرح بذلك في نوازل سحنون من كتاب الاستلحاق وقال في المسألة العاشرة منها قول سحنون في ابن الملاعنة يهلك ويترك ابنة وعصبة ثم يستلحق الأب ابنة الميت قال: تلحق ابنة الميت بجدها ويرجع الجد على العصبة بالنصف الذي أخذوا من ميراث ولده. قال ابن رشد: وهذا كما قال، لأن استلحاقه لابنة الميت الذي لاعن به استلحاق منه لابنته فهي تلحق بجدها، وهي مثل ما في المدونة من أن الملاعن له أن يستلحق ولده الذي لاعن به بعد أن مات ولا يتهم على أنه إنما استلحقه ليرثه إذا كان له ولد، فكما لا يتهم مع الولد وإن كان يرث معه السدس فكذلك لا يتهم مع الابنة وإن كان يرث معها النصف إذ قد يكون مال الذي ترك الولد الذكر كثيراً فيكون السدس عنده أكثر من نصف مال الذي ترك الابنة انتهى. فحمل ابن رشد لفظ الولد في المدونة على الذكر لكنه ساوى بينه وبين الابنة في الحكم. وظاهر كلام ابن غازي في باب اللعان أنه لم يقف على كلام ابن رشد هذا وكذلك ظاهر كلام ابن عرفة.

فرع: ولو ورث المستلحق غير الابن والابنة لم يصدق لأن العلة في ذلك إنما هي أن استلحاقه الميت استلحاق لمن ترك من الأولاد وذلك يرفع التهمة. وقد ذكر بعد هذه المسألة في

أَوْ بَاعَهُ! وَنُقِضَ! وَرَجَعَ بِنَفَقَتِهِ إِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ خِدْمَةٌ عَلَى الأَرْجَحِ، وَإِنْ ادَّعَى اسْتِيلادَهَا بِسَابِقٍ، فَقَوْلانِ، فِيهَا: وَإِنْ بَاعَهَا فَوَلَدَتْ فَاسْتَلْحَقَهُ: لَحِقَ وَلَمْ يُصَدَّقْ فِيهَا، إِنْ اتُّهِمَ بِمَحبَّةٍ، أَوْ عَدَمِ ثَمَنٍ، أَوْ وَجَاهَةٍ، وَرَدَّ ثَمَنَهَا، وَلَحِقَ بِهِ الْوَلَدُ مُطْلَقاً،

نوازل سحنون فيمن باع عبداً وأقام عند المشتري حتى جنى عليه جناية مات منها ثم استلحقه البائع أنه يلحق به ويرث منه إن كان له ولد، فإن كان ولد الميت حراً ورث معه الأب المستلحق حظه من الدية، وإن كان عبداً ورث جميع الدية قال: لأن استلحاقه لولده بعد موته استلحاق لولد ولده، واستلحاق النسب يرفع التهمة في الميراث انتهى. واستفيد من هذه المسألة فائدتان: الأولى منهما أن وجود ولد للميت كافٍ وإن كان محجوباً من الميراث، وهو خلاف ما قاله المصنف في باب اللعان، وقد اعترضه ابن غازي. والثانية أن كلام المدونة المتقدم إنما هو في ابن الملاعنة وكلام المصنف أعم من ذلك، وما في نوازل ابن سحنون موافق له والله أعلم. ص: **(ورجع بنفقته إن لم تكن له خدمة على الأرجح)** ش: قال في الشامل: وفي رجوع مبتاعه بنفقته ثالثها الأرجح إن كانت له خدمة لم يرجع وإلا رجع انتهى. وفي معين الحكام مسألة: ويحكم على البائع بنفقته التي اعترف أنه باعها وكسوتها إلى حين ردها لأنه مقر لأنه باع منه من لا يجب عليه نفقته. قاله سحنون. وقال أبو الحسن: اللخمي: الظاهر من المذهب أنه لا شيء على البائع من النفقة التي أنفقها المشتري مدة بقائها عنده انتهى. ص: **(ولم يصدق فيها إن اتهم بمحبة أو عدم ثمن أو وجاهة)** ش: قال ابن رشد إثر كلامه المتقدم قوله: هذا إلا أن يتهم في الجارية بميل إليها أو زيادة في حالها أو يكون مغرماً فتمضي بما ينوبها من الثمن ويرد الابن بما

أو أنثى صدق ولحق به وورث نصيبه مع بنيه أو بناته وضرب الحدّ في المسألتين جميعاً، لحق الولد أو لم يلحق. قال: وكذلك من باع جارية حاملاً ثم أقر بعد موت الابن أنه ابنه لم يصدّق، وإن لم يترك ولداً ولا ولد ولد قال في المدوّنة: من نفى ولداً بلعان ثم ادّعاه بعد أن مات الولد عن مال، فإن كان لولده ولد ضرب الحد ولحق به، وإن لم يترك ولداً لم يقبل قوله لأنه يتهم في ميراثه ويحد ولا يرثه **(أو باعه ونقض ورجع بنفقته إن لم تكن له خدمة على الأرجح)** تقدم النص بهذا عند قوله «أو مولى» **(وإن ادّعى استيلادها بسابق فقولان فيها)** انظر ما معنى هذا، وهل هو يشير إلى ما يتقرر. قال ابن رشد: الرجل مصدّق في حمل أمته أنه منه وإن كان مستغرق الذمة بالدين، وأما إن قال ولدت مني ولا ولد معها فلا يصدّق وتباع للغرماء إلا أن يكون ذلك قد سمع وفشا أو قاله قبل أن يتداين. ومن الاستغناء: إن أقر رجل في جارية باعها أنها أم ولده وصدقه المبتاع رجع عليه بالثمن والنفقة، وإن لم يصدّقه وكان ممن يتهم على مثلها لم يصدّق إلا أن يسمع ذلك منه قبل البيع **(وإن باعها فولدت فاستلحقه لحق ولم يصدق فيها إن اتهم بمحبة أو عدم ثمن أو وجاهة ورد ثمنها ولحق الولد مطلقاً)** من المدونة: من ابتاع أمة فولدت عنده فما لا تلحق فيه الأنساب ولم يدعه فادعاه البائع فإنه يلحق به ويرد البيع وتعود هي أم ولد إن لم يتهم فيها. قال ابن القاسم: إن اتهم فيها وهو

وَإِنْ آشْتَرَى مُسْتَلْحَقَهُ وَالْمِلْكُ لِغَيْرِهِ: عَتَقَ كَشَاهِد رُدَّتْ شَهَادَتُهُ، وَإِنْ آسْتَلْحَقَ غَيْرَ وَلَد: لَمْ يَرِثْهُ إِنْ كَانَ وَارِثٌ، وَإِلاَّ فَخِلاَفٌ

ينوبه منه ويتبع به ديناً في ذمته انتهى. فقول المصنف: «أو وجاهة» هو الذي أشار إليه ابن رشد بقوله: «أو زيادة في حالها» وفي كلام ابن الفرات ما يفهم منه أيضاً أن المراد بالوجاهة أن تكون الجارية وجيهة أي جميلة حسنة والله أعلم. ص: **(وإن اشترى مستلحقه والملك لغيره عتق)** ش: ليس في كلامه رحمه الله ما يدل على أنه يلحق به وقد صرح في المدونة بأنه يلحق به.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف رحمه الله تعالى أنه يعتق عليه مطلقاً وليس كذلك، بل إنما يعتق عليه حيث يصح استلحاقه ولو على قول، أما إذا تبين كذبه فلا يعتق عليه. قال في رسم باع غلاماً من سماع ابن القاسم من كتاب الاستلحاق في رجل فارسي له غلام هندي قال هو ابني، هل يصير حراً؟ قال مالك: ما ادعى من ذلك مما يعتقد الناس أنه ليس بابنه ولا ولده فهو أحق به. قال ابن رشد: هذا مما لا اختلاف فيه إذا استلحق من لا يشبه أن يكون ابنه وتبين كذبه فلا يلحق به. وإنما اختلف قول ابن القاسم إذا استلحق من يشبه أن يكون ابنه ولم يعلم ما يدعي من ملكه لأم المستلحق أو تزويجه إياها، فإن عرف ملكه إن كانت أمة أو تزويجه إن كانت حرة وأتت لما يشبه أن يكون منه ولم يجزه غيره بنسب لحق به باتفاق، فوجه يلحق به باتفاق، ووجه لا يلحق به باتفاق، ووجه يختلف في إلحاقه به. وإذا لم يلحق به في الموضع الذي يختلف في إلحاقه به على القول بأنه لا يلحق به فإنه يعتق عليه إن كان عبداً له انتهى. ص: **(كشاهد ردت شهادته)** ش: قال في كتاب الولاء من المدونة: ومن شهد على رجل أنه أعتق عبده فردت شهادته ثم ابتاعه منه أو شهد على أبيه بعد موته أنه أعتق عبداً له في وصية فصار العبد له في قسمه، أو أقر أنه بعد إن اشترى عبداً أنه حر، أو شهد أن البائع أعتقه والبائع ينكر، أو قال كنت بعت عبدي هذا من فلان فأعتقه وفلان يجحد ذلك، فالعبد في ذلك كله حر بالقضاء وولاؤه لمن زعم أنه أعتقه انتهى ص: **(وإن استلحق غير ولد لم يرثه إن لم يك**

مليء لم يرد إليه إلا الولد بحصته ولا ترد هي حتى يسلم من خصلتين من العدم والصبابة فيها. قال ابن القاسم: ولو كان المستلحق عديماً لحق به واتبع بقيمته، وإن لم يتهم فيها بصبابة ولا بما صلحت في بدنها وفرهت وهو مليء فلترد إليه ويرد الثمن ولا قيمة عليه في الولد، وإن كان غير متهم وهو عديم لحق به واتبع بقيمته يوم أقر به يريد على الصحة ولا تردّ الأمة إليه. اهـ من ابن يونس **(وإن اشترى مستلحقه والملك لغيره عتق كشاهد ردت شهادته)** من المدونة: إن استلحق ابن أمة لرجل فادعى نكاحها وكذبه السيد لم يلحق به ولا يثبت نسبه منه إلا أن يشتريه من ربه فيلحق به ويكون حراً كمن ردّت شهادته بعتق عبد ثم اشتراه لأنه أقر أنه ولده بنكاح لا بحرام وإن ابتاع الأم لم تكن به أم ولد. ابن يونس: لأنه أولدها في ملك غيره ولو اشتراها حاملاً وادّعى أن حملها منه بنكاح فإن الولد يلحق به وتكون هي به أم ولد **(وإن استلحق غير ولد لم يرثه إن كان وارث وإلا فخلاف)**

....

وارث وإلا فخلاف) ش: اعلم أنه النسخ اختلفت في قول المصنف «إن لم يكن وارث»، ففي بعض النسخ الصحيحة «يكن» بلفظ المضارع وإسقاط «لم» وكتب عليها صاحبها إنها كذلك في نسخة مقابلة على خط المصنف. وفي بعض النسخ «إن كان وراث» وهي صحيحة أيضاً موافقة لما قبلها، وهذا هو الموافق للنقل ولما قدمه المصنف في فصل اختلاف الزوجين. وفي بعض النسخ «إن لم يك» بثبوت «لم» وهي غير صحيحة لأنها تؤدي عكس المراد. والمعنى على

لا شك أن العبارة خاتنة هنا. ابن عرفة: إقرار من يعرف له وارث محيط بإرثه ولو بولاء لوارث لغو اتفاقاً. ومن ابن يونس قال سحنون: ما علمت بين الناس اختلافاً أن إقرار الرجل بولد الولد أو الأجداد أو الإخوة وغيرهم من سائر القرابات لا يجوز ولا يثبت به نسب مع وارث. قال هو وأصبغ: فإن لم يكن له وارث معروف ولا موالي غير هذا المقر له فإنه يجوز إقراره له ويستوجب ميراثه ولا يثبت به نسبه. وقال أيضاً سحنون: لا يجوز إقراره له ولا يرثه لأن المسلمين يرثونه فذلك كالوارث المعروف. قال ابن سحنون: وإنما اختلف أصحابنا وأهل العراق في مثل هذا لاختلافهم في الأصل لأنهم قالوا: إذا لم يكن له وارث معروف كان له أن يوصي بماله كله لمن أحب فلذلك جوزوا إقراره لمن ذكرنا من القرابات، وأصحابنا لا يجيزون له أن يوصي له إلا بالثلث وإن لم يكن له وارث معروف. ومن نوازل البرزلي: أجمع مالك وأصحابه على عدم جواز إقرار من له وارث. قال المخزومي: وكذا إن لم يكن له وارث لأن المسلمين ورثته، وإلى هذا رجع سحنون ورجحه ابنه محمد، لأن إجماع مالك وأصحابه أن لا تجوز وصية من لا وارث له بأكثر من ثلثه. وحكى قبل ذلك أن فيها ثلاثة أقوال والمشهور المنع قال: وبهذا صدر الحكم بوصية شيخنا ابن عرفة ردّت إلى الثلث قال: ووافقت على ذلك. وقد قال ابن القاسم: إن كان الإمام كعمر بن عبد العزيز فهو كالوارث المعروف. قال البرزلي: وأبو فارس في وقته كعمر في وقته على نسبة كل زمان وأهله محتاج لإقامة حوزة الإسلام ممن يريد أذاهم أو انتهاك حرمهم. انظر قول ابن القاسم إذا كان السلطان عدلاً فهو كالوارث المعروف قد قال أيضاً: إن شهادة السماع لا يثبت بها نسب إلا أن يكون أمراً مشتهراً مثل نافع مولى ابن عمر أو عبد الرحمن بن القاسم. ابن سهل: قول أشهب إنه لا يستحق الإرث إلا من يستحق النسب هو القياس، وبه قال ابن لبابة. ومن المتيطي قال ما نصه: فصل الولاء والنسب كالحدود ولا يجوز في شيء من ذلك شاهد ويمين ولا تجوز فيه شهادة النساء على علم أو سماع. ومن أقام بينة أن هذا الميت مولاه لا تتم الشهادة حتى يقولوا إنه أعتقه أو أعتق أباه. ومن المفيد ما نصه: لا تقبل شهادة السماع في عدل ولا في جريح ولا حدّ من الحدود ولا ولاء ولا نسب إلا إن كان سماعاً فاشياً ظاهراً مستفيضاً يقع به العلم، فيرتفع عن شهادة السماع ويصير في باب الاستفاضة والضرورة، وذلك مثل الشهادة أن نافعاً مولى ابن عمر وأن مالكاً ابن أنس فإنما قصر عن هذا الجزء فإنما يستحق بالشهادة المال دون الولاء والنسب وذلك ما لم يكن للمال وارث معروف. ومن نوازل ابن سهل ما نصه: مذهب أشهب أنه لا يستحق الميراث إلا من استحق النسب وثبت له بما تثبت به الأنساب وبهذا كان يقول ابن لبابة. وقال: إذا لم يثبت

وَخَصَّهُ الْمُخْتَارُ بِمَا إِذَا لَمْ يَطُل الإِقْرَارُ،

النسخة الصحيحة أن من استلحق غير ولد لم يرث المستلحق الذي هو غير ولد هذا الذي استلحقه إن كان هناك وارث، وإن لم يكن هناك وارث فخلاف هذا الذي فرضه أهل المذهب في صورة هذه المسألة وإن كان ظاهر كلام ابن الحاجب عكس هذا فقد قال ابن عبد السلام: إنما هذا كان المقر ذا مال، ومسألة المؤلف يعني ابن الحاجب بالعكس فتأمل ذلك انتهى. ولكن الذي يظهر أنه لا فرق بينهما لأنه إذا قال هذا أخي وصدقه الآخر، فكل منهما قد استلحق غير ولد ولهذا تركوا الكلام عليها فتأمل ذلك.

تنبيهات: الأول: ظاهر قوله: «وارث» أنه إذا كان له وارث معروف لم يرثه المستلحق، وإن كان الوارث المعروف غير محيط بإرثه وليس كذلك، بل الخلاف جارٍ في ذلك أيضاً. قال ابن عرفة: إقرار من يعرف له وارث محيط ولو بولاء بوارث لغو اتفاقاً، وإن لم يكن له وارث محيط أو كان ولم يحط كذي بنت فقط ففي إعمال إقراره قولان: لابن القاسم في سماعه من الاستلحاق مع ابن رشد عن قوله فيها مع غيرها، وسحنون في نوازله والباجي عن مالك وجمهور أصحابه وأصبغ وأول قولي سحنون وثانيهما مع أشهب انتهى. وعلم من هذا قوة القول بالإرث وإن كان المتيطي جعله شاذاً لأن ابن عرفة إنما عزا مقابله لقول سحنون الثاني مع أشهب، وعزا القول بالإرث للجماعة المذكورين قبله. وقال في مختصر الحوفي: وبه أفتى ابن

النسب فكيف يستلحق المال. ومذهب أشهب هو النظر والقياس إلا أن العمل جرى على قول ابن القاسم والله أعلم بحقيقة الصواب. اهـ. نص ابن سهل. قال أصبغ: ولو أقر بأن هذا الرجل وارثه وله ورثة معروفون فلم يمت المقر حتى مات ورثته المعروفون فإن ميراثه لهذا الذي كان أقر له أنه وارثه وكأنه أقر ولا إرث له. ولابن يونس أيضاً في موضع آخر: إن أقرت المرأة بزوج وأقر الرجل بزوجة وصدق الآخر صاحبه فقال أهل المدينة: إن كانا غريبين طارئين قبل قولهما. وإن أقر الرجل والمرأة بمولى فقال هذا مولدي اعتقني، فإجماع أهل المدينة أن إقراره يثبت وهو وارثه بالولاء إلا أن يتبين كذبه، فهؤلاء الأربعة الذين يجوز الإقرار بهم ويرثون، فإن استلحق أحدهم غير هؤلاء مثل أخ أو ابن أو جد أو غيرهم من الأقارب لم يجز استلحاقه، لكن إن مات المقر أو المقر به ولم يكن له وارث معروف فإن المال لبيت المال إلا قولة شاذة لابن القاسم أن المال يكون للمقر له وهو أحد قولي سحنون. وقال أيضاً سحنون وأصبغ: إنه إن لم يكن له وارث معروف ولا موالي غير هذا المقر به فإنه يجوز إقراره به ويستوجب بذلك ميراثه ولا يثبت بذلك نسبه اهـ. وهذا الذي قال ابن يونس إنه قولة شاذة لابن القاسم واحد قولي سحنون وقاله أصبغ. قال أبو عمر فيه: إنه قول مالك وجمهور أصحابه. وقال ابن رشد: أنه قول ابن القاسم في المدونة مع غيرها **(وخصه المختار بما إذا لم يطل الإقرار)** اللخمي: إن قال رجل لرجل هذا أخي فإذا لم يكن له نسب ثابت يرثه. وقيل: إن المال لبيت المال، وقيل المقر له أولى وهذا أحسن، لأن له بذلك شبهة. ولو كان الإقرار في الصحة وطالت المدة وهما على ذلك

....

عتاب وقال به العمل. وقال المتيطي: وهو شاذ، واستحسنه بعض القرويين في زمانه قائلاً: ليس ثم بيت مال انتهى. ونص المتيطية: فإن كان المعروف النسب ذا فرض لا يستوعب المال فإنه يأخذ فرضه وما بقي لبيت مال المسلمين عند أهل المدينة أو رد على الوارث المعروف عند من يذهب إلى الرد، ولا شيء للمقر له إلا في قولة شاذة وهي إحدى قولي ابن القاسم فإنه جعل ما بقي للمقر له إذا كان من العصبة انتهى.

الثاني: قال ابن عرفة: المعبر في ثبوت الوارث وعدمه إنما هو يوم موت المقر لا يوم الإقرار. قاله أصبغ في نوازله ولم يحك ابن رشد غيره انتهى. ويشير إلى قوله في نوازل أصبغ من كتاب الاستلحاق فإن أقر بأن هذا الرجل وارثه وله ورثة معروفون فلم يمت المقر حتى مات ورثته المعروفون الذين كانوا يدفعون المقر له، أيجعل المال لهذا المقر له؟ قال: نعم، لأنه ليس هناك وارث معروف يدفعه فكأنه إنما أقر له الساعة ولا وارث له انتهى.

الثالث: ظاهر كلام المصنف أن الميراث للمقر له على القول به دون يمين وهو كذلك، فإن ابن رشد قال في رسم باع غلاماً من سماع ابن القاسم من كتاب الاستلحاق: قد قيل إن الميراث لا يكون إلا بعد يمينه أن ما أقر به المتوفى حق ويقوم ذلك من كتاب الولاء. وذكر ابن سهل أن مالكاً كان يفتي به نقله عنه ابن عرفة. وحصل في آخر كلامه في ذلك ثلاثة أقوال يفصل في الثالث بين أن يبين المقر وجه اتصاله بالمقر له في جد معين فلا يمين، أو لا يبين ذلك فيجب اليمين. وقال في مختصر الحوفي: وعلى القول بالقبول فعلى المقر له اليمين على حقيقة الإقرار وفاقاً لابن العطار وابن مالك وخلافاً لابن عتاب وأنكر ذلك، ثم أفتى فيمن أقرت بابن عم أبيها في عقد ولم يرفع العاقد نسبها لجد واحد بيمين المقر له.

الرابع: إذا بين المقر له وجه نسبة المقر به إليه كقوله هذا أخي شقيقي أو لأب أو لأم فواضح. وإن أجمل قال ابن عرفة: ففي ذلك اضطراب. قال ابن رشد: والذي أقول به في هذه المسألة على مذهب ابن القاسم إذا قال فلان وارثي ولم يفسر حتى مات أن له جميع الميراث إن كان المقر ممن يظن به أنه لا يخفى عليه من يرثه ممن لا يرثه، وأما الجاهل الذي لا يعلم من يرثه ممن لا يرثه فقوله فلان وارثي حتى يقول ابن عمي أو ابن ابن عمي أو مولاي أو أعتقني أو أعتق أبي أو أعتق من أعتقني أو ما أشبه ذلك، وكذا إن قال فلان أخي قاصداً للإشهاد له بالميراث كقوله أشهدكم أن هذا يرثي، أو يقال له هل لك وارث؟ فقال: نعم هذا أخي وشبه ذلك. وأما إن قال من غير سبب هذا أخي أو فلان أخي ولم يزد على ذلك. فلا يرث من ماله إلا السدس لاحتمال أن يكون أخاً لأمه. ولو لم يقل فلان أخي أو هذا أخي وإنما سمعوه يقول يا أخي يا أخي لم يجب له بذلك ميراث لأن الرجل قد يقول أخي أخي لمن لا قرابة بينه وبينه إلا أن تطول المدة السنين وكل واحد يدعو صاحبه باسم الأخوة أو العمومة فإنهما يتوارثان انتهى.

وَإِنْ قَالَ لأَوْلاَدِ أَمَتِهِ: أَحَدُهُمْ وَلَدِي: عَتَقَ الأَصْغَرُ، وَثُلُثَا الأَوْسَطِ، وَثُلُثُ الأَكْبَرِ.

الخامس: فإن مات المقر له في حياة المقر ثم مات المقر وقام أولاد المقر له بهذا الإقرار لم يجب لهم به ميراث المقر إذا لم يقر إلا للميت إلا أن يشهد أنه لم يكن باقياً في حين موته فولده المذكور بنوا بن عمه وورثه المحيطون بميراثه. قاله في المتيطية. وذكر ابن عرفة المسألة في الاستلحاق عن ابن سهل قائلاً: أفتى أكثر أهل بطليوس أن الولد يرث المقر وأن غير واحد من أهل بطليوس وابن مالك وابن عتاب أفتوا بأنه لا يرث والله أعلم.

السادس: قال ابن رشد في رسم باع غلاماً من سماع ابن القاسم من كتاب الاستلحاق: لا يجوز الإقرار بوارث إذا كان له وارث معروف النسب أو ولاء إلا في خمسة مواضع: الإقرار بولد، أو ولد ولد، أو أب، أو جد، أو زوجة إذا كان معها ولد. فأما إذا أقر بولد فيلحق به نسبه في الموضع الذي ذكرنا على اتفاق واختلاف، وأما إذا أقر بولد ولد فلا يلحق به إلا أن يقر به الولد فيكون هو مستلحقه، أو يكون قد عرف أنه ولده فيكون إنما استلحق هو الولد. وكذلك الولد إذا أقر باب فلا يلحق به ويرثه إلا إذا أقر به الأب فيكون الأب هو الذي استلحقه، وأما إذا أقر بجد فلا يلحق به إلا أن يقر الجد بابنه ويقر أبوه به فيكون كل واحد منهما قد استلحق ابنه. وأما إذا أقر بزوجة لها ولد أقر به فإقراره بالولد يرفع التهمة بالزوجة فترثه، وإن لم تثبت الزوجية ولا عرفت وبالله التوفيق انتهى. وانظر كلام ابن سهل وكلام ابن رشد في آخر كتاب الاستلحاق ومختصر الحوفي لابن عرفة.

السابع: فإن أقر هذا المشهود لآخر أنه وارثه أو لا وارث له غيره بعد إقراره الأول بطل الآخر أي الإقرار الثاني. قاله في المتيطية.

الثامن: إذا لم يكن هناك وارث معروف ودفع للمستلحق على أحد المشهورين الميراث، ثم جاء شخص وأثبت أنه وارث معروف، فإنه يأخذ المال من المستلحق المذكور. قاله في الجواهر والله أعلم. ص: **(وإن قال لأولاد أمته أحدهم ولدي عتق الأصغر وثلثا الأوسط وثلث الأكبر)** ش: هكذا قال سحنون في نوازله من كتاب الاستلحاق. وحصل ابن رشد في شرحها أن الأصغر حر بلا خلاف، وفي الأوسط والأكبر أربعة أقوال: الأول ما نوازل سحنون وهو ما ذكره المصنف وقال هو أضعف الأقوال قال: لأنا لا نحيط علماً أن الميت لم يرد ذلك ولا يحتمله لفظ. والثاني القرعة. والثالث أنهما يعتقان أيضاً للشك. وخرجه من المسألة الثانية

يقول كل واحد منهم للآخر أخي أو يقول هذا عمي ويقول الآخر ابن أخي ومرت على ذلك السنون ولا أحد يدعي بطلان ذلك لكان حوز. وانظر في فصل التوارث من ترجمة السفيه والمحجور من ابن سلمون العقود وفي ذلك وثبوت ذلك بالاسترعاء، وكيف لو لم يرفع شهود الاسترعاء النسب إلى جد واحد. **(وإن قال لأولاد أمته أحدهم ولدي عتق الأصغر وثلثا الأوسط وثلث الأكبر)** سحنون: من

وَإِنْ ٱفْتَرَقَت أُمَّهَاتُهُمْ: فَوَاحِدٌ بِالْقُرْعَةِ،

أعني قوله «وإن أقر ميت بأن فلانة» الخ. واستظهره. قلت: وظاهر كلام ابن رشد أنه غير منصوص، وقد ذكره في النوادر وابن يونس عن ابن عبد الحكم. والرابع أنه لا يعتق منهما واحد.

فرع: قال في نوازل سحنون: ولا يثبت النسب لواحد منهم. قال ابن رشد: ولا خلاف في ذلك.

فرع: قال فيها أيضاً: ولا ميراث لواحد منهم. قال ابن رشد: فيه نظر، والذي يوجبه النظر عندي أن يكون حظ واحد من الميراث بينهم على القول بأنهم يعتقون جميعاً على ما قاله في المسألة التي ذكرناها وهو الصحيح، إذ قد صح الميراث لواحد منهم ولا يدري من هو منهم، فإن ادعاه كل واحد منهم قسم بينهم بعد أيمانهم إن حلفوا جميعاً أو نكلوا، وإن حلف بعضهم اختص به دون الناكل. وإن قالوا لا علم عندنا كان الميراث بينهم بعد أن يحلف كل واحد منهم أنه لا يعلم من أراده الميت منهم على الخلاف في لحوق يمين التهمة، وإن عتق بعضهم يعني على القول به كان له حظه من الإرث ويوقف حظ من لم يعتق، فإن عتق أخذه، وإن مات قبل أن يعتق رد إلى الورثة. انتهى مختصراً والله أعلم. ص: **(وإن افترقت أمهاتهم فواحد بالقرعة)** ش: قال ابن رشد: ولا يثبت نسب واحد منهم ويكون الحكم في الميراث

قال في ثلاثة أولاد من أمته أحدهم ولدي يريد ثم مات قال: فالصغير منهم حر على كل حال، لأنه إن كان المستلحق الكبير فالأوسط والصغير حران بحرية الأم، وإن كان المستلحق الأوسط فالصغير حر، وإن كان الصغير فالأوسط والكبير عبدان ففيهما الشك. وقال المغيرة: يعتق الأصغر وثلثا الأوسط وثلث الأكبر لأنه إن كان أراد الأكبر فكلهم أحرار، وإن أراد الأوسط فهو والأصغر حران، وإن أراد الأصغر فهو حر وحده، فالأصغر لا تجده في هذه الأحوال إلا حراً، والأوسط ثابت العتق في حالين ويرق في حال فيعتق ثلثاه، والأكبر ثابت العتق في حال ويرق في حالين فيعتق ثلثه. وقال ابن عبد الحكم: يعتقون كلهم بالشك. اهـ. نقل ابن يونس. وكذا نقلها ابن عرفة عن النوادر ونقل سحنون في نوازله مثل قول المغيرة فراجعه أنت. **(وإن افترقت أمهاتهم فواحد بالقرعة)** هذا أحد ثلاثة أقوال. ابن القاسم: وخلاف قول مالك. قال سحنون: من له ثلاثة أعبد ليسوا بإخوة لأم فقال في مرضه أحدهم ابني ومات فقال الرواة: إنه كقوله أحد عبيدي حر. ابن رشد: فإذا مات قبل تعيينه ففي ذلك ثمانية أقوال: قول مالك أنه يعتق منهم الجزء المسمى بعددهم بالقرعة. وثلاثة أقوال لابن القاسم أحدها أن واحداً منهم يعتق بالقرعة وباقي الأقوال لغير مالك وابن القاسم. وانظر ذكر خليل حكم العتق وليس من هذا الباب وترك حكم النسب الذي هو من هذا الباب. فأما المسألة التي قبل هذه فقال ابن رشد: لا خلاف أنه لا يثبت لواحد منهم نسب ويبقى النظر في الإرث فقال سحنون: ولا ميراث لواحد منهم وقال ابن رشد: على القول بعتقهم جميعاً ينبغي أن يكون لهم حظ واحد من الميراث لصحة

وَإِذَا وَلَدَتْ زَوْجَةُ رَجُلٍ وَأَمَةُ آخَرَ وَٱخْتَلَطَا عَيَّنَتْهُ الْقَافَةُ، وَعَنِ ٱبْنِ الْقَاسِمِ فِيمَنْ وَجَدَتْ مَعَ ٱبْنَتِهَا أُخْرَى لاَ تُلْحَقُ بِهِ وَاحِدَةٌ مِنْهُمَا.

على قياس ما تقدم انتهى والله أعلم. ص: **(وإذا ولدت زوجة رجل وأمة آخر) ش:** هذه المسألة في أول نوازل سحنون من كتاب الاستلحاق وفرضها كما فرضها المصنف في زوجة رجل وأمة آخر ولا خصوصية لذلك. وقال ابن رشد المسألة على ثلاثة أوجه: أحدها أن يدعي كل واحد منهما صبياً بعينه غير الذي ادعاه صاحبه ويلحقه بنفسه وينفي الآخر عن نفسه، والواجب أن يلحق بكل واحد منهما من ادّعاه. والثاني أن يقول كل واحد منهما لا أدري أيهما ولدي، والحكم في ذلك أن تدعى القافة. ولو أرادا في هذا الوجه أن يصطلحا على أن يأخذ كل واحد منهما ولداً يكون ابنه مع كونه لا يدعي علم ذلك لم يكن لهما ذلك بل تدعى القافة. والوجه الثالث أن يدعيا جميعاً صبياً واحداً منهما يقول كل واحد منهما هذا ابني ويتنازعان فيه وينفيان الآخر عنهما قال: والواجب في هذا عندي على أصولهم أن تدعى له القافة أيضاً إذ ليس لهما أن ينفيا الآخر عن أنفسهما وقد علم أنه ابن أحدهما والذي ادعياه جميعاً ليس أحدهما أولى به من صاحبه انتهى. ولا يعترض على هذا بأن القافة لا يحكم بها في أولاد الحرائر على المشهور كما ذكره ابن رشد في سماع أشهب من كتاب الاستلحاق وغيره، لأن العلة في ذلك هو قوة الفراش في النكاح فيلحق الولد بصاحب الفراش الصحيح دون الفاسد وذلك معدوم إذ لا مزية لأحد الفراشين على الآخر لصحتهما جميعاً والله أعلم.

فرع: قال البرزلي في مسائل النكاح، والطلاق: إذا فرض عدم القافة فإنه إذا كبر الولد والى أيهما شاء بمنزلة ما إذا أشكل الأمر، فإن مات قبل ذلك ورثاه، وإن ماتا ورثهما معاً انتهى والله أعلم. ص: **(وعن ابن القاسم فيمن وجدت مع ابنتها أخرى لا تلحق به واحدة) ش:**

الميراث لواحد منهم لا بعينه يختص به من حلف منهم **(وإذا ولدت زوجة رجل وأمة آخر واختلطا عينته القافة)** أشهب من نزل على رجل له أم ولد حامل فولدت هي وولدت امرأة الضيف في ليلة صبيين فلم تعرف كل واحدة منهما ولدها دعي لهما القافة. ابن رشد: فإن ادّعى كل واحد منهما واحداً بعينه ونفى الآخر عن نفسه وجب أن يلحق بكل واحد منهما ما ادعّاه، وإن ادّعيا معاً واحداً بعينه ونفى كل واحد منهما عن نفسه ما سواه فالواجب على أصولهم أن تدعى له القافة كالأمة بين الشريكين يطآنها في طهر واحد فتلد ولداً يدعيانه معاً. القرافي: اعلم أن مالكاً والشافعي قالا بالقافة في لحوق الأنساب، وخصصه مالك في مشهور مذهبه بالإماء دون الحرائر ما نقل غير هذا في أسرار الفروق **(وعن ابن القاسم فيمن وجدت مع بنتها أخرى لا تلحق به واحدة)** من كتاب ابن ميسر: من حلف لزوجته إن ولدت المرة جارية لأغيبن عنك غيبة طويلة فولدت في سفره جارية فبعثت بها خادمها في جوف الليل لتطرحها على باب قوم ففعلت فقدم زوجها فوافى الخادم راجعة فأنكر خروجها حينئذ وحقق عليها فأخبرته فردها لتأتي بالصبية فوجدت صبيتين فأتت بهما فأشكل الأمر

وَإِنَّمَا تَعْتَمِدَ الْقَافَةَ عَلَى أَبٍ لَمْ يُدْفَنْ وَإِنْ أَقَرَّ عَدْلاَنِ بِثَالِثٍ. ثَبَتَ النَّسَبُ، وَعَدْلٌ يَحْلِفُ مَعَهُ وَيَرِثُ وَلاَ نَسَب وَإِلاَّ فَحِصَّةُ الْمُقِرِّ. كَالْمَالِ.

كذا فعل ابن الحاجب لما ذكر المسألة الأولى أتى بعدها بهذه ونسبها لابن القاسم لكنه زاد بعد قول ابن القاسم: وقال سحنون: القافة فقال في التوضيح. كأنه أتى بهذا الفرع إثر الأول إشارة إلى التعارض بينهما فكأنه أشار إلى التخريج يعني تخريج الخلاف من الثانية في الأولى. كذا قال ابن عبد السلام. قال في التوضيح: وهو تخريج ظاهر، والظاهر أنه لا فرق بينهما انتهى. وما قاله ظاهر لا شك فيه والله أعلم. ص: **(وإنما تعتمد القافة على أب لم يدفن) ش:** تصوره ظاهر. واختلف أيضاً في قصر القافة على الولد الحي وعمومها فيه حياً أو ميتاً. قال ابن عرفة: وفي قصرها على الولد حياً وعمومها فيه حياً وميتاً سماع أصبغ. ابن القاسم: إن وضعته تماماً ميتاً لإقافة في الأموات. ونقل الصقلي عن سحنون: إن مات بعد وضعه حياً دعي له القافة. قلت: ويحتمل ردهما إلى وفاق لأن السماع فيمن ولد ميتاً، وقول سحنون فيمن ولد حياً، ولم أقف لابن رشد على نقل خلاف فيها انتهى.

فرع: قال في التوضيح: والمشهور أنه يكتفى بالقائف الواحد. وقيل: لا بد من اثنين.
ص: **(وإلا فحصة المقر كالمال) ش:** أي وإن لم يكن المقر عدلاً فإنما يرث هذا المقر به من حصة المقر فقط، ولم يبين ما يأخذ منها اعتماداً على ما سيقوله في باب الفرائض حيث يقول: وإن أقر أحد الورثة فقط بوارث فله ما نقصه الإقرار. قال ابن رشد في سماع عيسى من كتاب الاستلحاق: وهذا هو المعلوم من قول مالك المشهور من مذهبه أن الوارث إذا أقر بوارث لا يلزمه أن يدفع إليه إلا ما زاد نصيبه في الإنكار على نصيبه في الإقرار، وإن نقص نصيب المقر في الإنكار أو لم يزد على نصيبه في الإقرار مثل أن تقر الزوجة بأخ وما أشبه ذلك فلا شيء

على الأم أيتهما هي منهما قال: قال ابن القاسم: لا تلحق به واحدة منهما. وقاله محمد. وقال سحنون: تدعى لهما القافة وبه أقول **(وإنما تعتمد القافة على أب لم يدفن)** سحنون وعبد الملك: لا تلحق القافة الولد إلا باب حي، فإن مات فلا قول للقافة في ذلك من جهة قرابته إذ لا تعتمد على شبه غير الأب **(وإن أقر عدلان بثالث ثبت النسب)** ابن يونس: إذا هلك وترك ورثة فأقر بعضهم بوارث، فإن أقر بذلك رجلان عدلان ثبت نسب المقر به بشهادتهما وأخذ جميع موروثه من جميع المال، وإن كان المقر ممن لا تثبت شهادته لأنه واحد وإن كان عدلاً أو لأنهم جماعة غير عدول أو لأنهم نساء وليس الجميع بسفهاء فأجمع أهل العلم أن النسب لا يثبت بقولهم واختلفوا في الذي يغرمونه للمقر به، فذهب أهل المدينة ومن تابعهم إلى أن المقر يستوفي جميع ما يجب له في حال الإقرار، فإن بقي في يده شيء مما كان أخذه في مسألة الإنكار دفعه إلى المقر به، وإن لم يستفضل شيئاً فلا شيء للمقر به **(وعدل يحلف معه ويرث ولا نسب وإلا فحصة المقر كالمال)** ابن الحاجب:

وَهٰذَا أَخِي، بَلْ هٰذَا، فَلِلأَوَّلِ نِصْفُ إِرْثِ أَبِيهِ، وِلِلثَّانِي نِصْفُ مَا بَقِي، وَإِنْ تَرَكَ أُمًّا وَأَخاً، فَأَقَرَّتْ بِأَخ. فَلَهُ مِنْهَا السُّدُسُ، وَإِنْ أَقَرَّ مَيِّتٌ بِأَنَّ فُلاَنَةَ جَارِيَتَهُ وَلَدَتْ

له، وفي ذلك خلاف في المذهب انتهى. وهذا الحكم على القول المعروف من المذهب أن إقرار العدل بالوارث كإقرار غير العدل لا يأخذ المقر به إلا من حصة المقر فقط، وهذا إذا كان المقر رشيداً، وأما إن كان سفيهاً فلا يؤخذ من حصته شيء والله أعلم. ص: **(كالمال) ش:** تشبيه في أصل المسألة أي إن شهد عدلان من الورثة بمال في ذمة الميت ثبت، وإن شهد عدل حلف معه وثبت، وإن لم يكن عدلاً ففي صحة الشاهد قال في كتاب الشهادات من المدونة: وتجوز شهادة الوصيين أو الوارثين بدين على الميت، وإن شهد لصاحب الدين بذلك واحد من الورثة حلف معه إن كان عدلاً واستحق حقه، فإن نكل أخذ من شاهده قدر ما يصيبه من الدين، وإن كان سفيهاً لم تجز شهادته ولم يرجع عليه في حصته بشيء انتهى. قال أبو الحسن: قال عياض: ظاهره اشتراط الرشد في العدالة وهو قول أشهب، وإن شهادة السفيه لا تجوز ولو كان عدلاً في نفسه. وأجازها مالك، وفي كتاب التفليس في باب الشهادة على الميت بدين قبول شهادته وإن كان سفيهاً. وتكررت هذه المسألة هنا. وفي باب الشركة وفي المديان وفي الوصايا

إن أقر ولدان عدلان بثالث ثبت النسب وعدل يحلف ويشاركهما، ولا يثبت النسب وغير عدل يؤخذ له منه ما زاد على تقدير دخوله معهم انتهى. وقد تقدم نقل ابن يونس أن العدل وغير العدل سواء. وقد تعقب ابن عرفة على ابن الحاجب ولكن يوشك أن يكون خليل قد اختار نقل ابن الحاجب لترشيحه ذلك بقوله كالمال كالمرأة تقيم شاهداً عدلاً بنكاح ميت فإنها تحلف وترث، ثم اطلعت على شرح ابن علاق فذكر قول ابن الحاجب معزواً للطرطوشي **(وهذا أخي بل هذا فللأول نصف إرث أبيه وللثاني نصف ما بقي)** سحنون: لو ترك ولداً واحداً فقال لأحد شخصين هذا أخي بل هذا الآخر، فللأول نصف ما ورث عن أبيه وللثاني نصف ما بقي في يده، وقيل له جميعه. ابن رشد: هذا أصح في النظر لأن كلاً منهما يقول أنت أتلفت على مورثي، وعليه يأتي قول ابن القاسم في سماع عيسى. ووجه قول سحنون أن المقر بالأخ ثانياً إنما أقر بما في يده حين شاركه غيره في الإرث فكان إقرار وارث معه وإرث بوارث. وانظر هذا مع قول السليمانية فإنه يعطيه ثلث النصف **(وإن ترك أماً وأخاف فأقرت بأخ فله منها السدس)** ابن شاس: لو ترك أماً وأخاً فأقرت بأخ آخر فإنها تخرج نصف ما في يديها وهو السدس فيأخذه الأخ المقر له وحده، وهو قول مالك في موطئه. قال محمد: وعليه الجماعة من أصحابه. ابن عرفة: هذا أحد الأقوال الأربعة في المسألة. قال ابن القاسم وأصبغ: هو يعني نصف ما في يد الأم بين المقر له والأخ الآخر. قال ابن عرفة: وظاهر نقل الشيخ أن المسألة منصوصة في الموطأ، وتبعه ابن شاس وليست موجودة في الموطأ. وعزا ابن رشد القول الأول للفراض ولمالك وجماعة من أصحابه. قال: وهو أظهر الأقوال واختيار محمد **(وإن أقر ميت بأن فلانة جاريته ولدت**

مِنْهُ فُلاَنَةَ وَلَهَا ٱبْنَتَانِ أَيْضاً وَنَسِيَهَا الْوَرَثَةُ، وَالبَيِّنَةُ، فَإِنْ أَقَرَّ بِذٰلِكَ الْوَرَثَةُ. فَهُنَّ أَحْرَارٌ، وَلَهُنَّ مِيرَاثُ بِنْت، وَإِلاَّ لَمْ يَعْتِقِ شَيْءٌ. وَإِنِ اسْتَلْحَقَ وَلَداً ثُمَّ أَنْكَرَهُ. ثُمَّ مَاتَ الْوَلَدُ. فَلاَ يَرِثُهُ! وَوُقِفَ مَالُهُ! فَإِنْ مَاتَ! فَلِوَرَثَتِهِ! وَقُضِيَ دَيْنُهُ! وَإِنْ قَامَ غُرَمَاؤُهُ وَهُوَ حَيٌّ: أَخَذُوهُ.

الأول، وهذه المسألة لا تخلو من أربعة أوجه: عدل رشيد يؤخذ منه ويؤخذ بشهادته، عكسه سفيه مسخوط لا يؤخذ منه لأنه سفيه ولا يؤخذ به لأنه مسخوط، عدل سفيه لا يؤخذ منه وهل يؤخذ به قولان، رشيد غير عدل يؤخذ منه ولا يؤخذ به ولم أر فيه خلافاً انتهى كلام أبي الحسن. والذي مشى عليه المصنف في باب الشهادات أن شهادة السفيه لا تجوز. وقال أبو الحسن: قوله في المدونة «أخذ من شاهده قدر ما يصيبه من الدين». هذا مذهب ابن القاسم، وأشهب يقول: يأخذ جميع دينه من نصيب المقر إذ لا ميراث إلا بعد أداء الدين بخلاف الوصية على قول أشهب أنه يكون شريكاً مع الورثة إذا حلف وإن نكل كان شريكاً للمقر، وهذا في الوصية بالجزء وأما بالعدد فكالدين انتهى. وانظر كتاب الوصايا من النوادر وآخر كتاب الإقرار منها فإنه عقد في كل واحد منهما باباً لإقرار الوارث بأن صورته أوصى بكذا أو عليه دين ص: **(فإن أقر بذلك الورثة فهنّ أحرار)** ش: يتنزل منزلة إقرار الورثة أن تشهد البينة أنه قال إحدى هؤلاء الثلاثة ابنتي ولم يسمها فالشهادة جائزة باتفاق. قاله ابن رشد في نوازل سحنون من كتاب الاستلحاق والله أعلم. ص: **(وإن استلحق ولداً ثم أنكره ثم مات الولد فلا يرثه ووقف ماله)** ش: هكذا قال في رسم يوصي من سماع عيسى من كتاب الاستلحاق.

منه فلانة ولها ابنتان أيضاً ونسيتهما الورثة والبينة فإن أقر بذلك الورثة فهنّ أحرار لهن ميراث بنت والألم يعتق شيء) قوله: «ولها ابنتان» يريد غيرها ولعل هذا سقط لناسخه.

وعبارة سحنون: من أقر عند موته أن فلانة جاريته ولدت منه فلانة وللأمة ابنتان أخريان سوى فلانة المقر بها فمات وأنسيت البينة والورثة اسمها، فإن أقر الورثة بذلك فهن كلهن أحرار ولهن ميراث واحدة يقسم بينهن ولا نسب لواحدة منهن به، فإن لم يقر الورثة بذلك وأنسيت البينة اسمها فلا عتق لواحدة منهن. ابن رشد: إقرار الورثة بذلك كقيام البينة على قوله إحدى هذه الثلاث ابنتي ولم يسمها فلا شهادة جائزة اتفاقاً. وقوله «يعتقن كلهن» خلاف قوله قبل هذا فيمن قال في مرضه في عبيد له ثلاثة أحدهما ابني وقوله إن جحر حجروا فلا عتق لواحدة منهن إن لم تعلم البينة أيتهن هي هو المشهور **(وإن استلحق ولداً ثم أنكره ثم مات الولد فلا يرثه ووقف ماله فإن مات فلورثته وقضي به دينه وإن قام غرماؤه وهو حي أخذوه)** ابن شاس: إذا استلحق ولداً ثم أنكره ثم مات الولد عن مال فلا يأخذه المستلحق. قال ابن القاسم: ويوقف ذلك المال فإن مات هذا المستلحق صار هذا المال لورثته وقضي به دينه، وإن قام غرماؤه عليه وهو حي أخذوا ذلك المال في ديونهم. ابن شاس.

وقال ابن رشد: وفي قوله «ووقف» نظر، والواجب أن يكون جميع ميراثه لجماعة المسلمين لأنه مقر أن هذا المال لهم لاحق له معهم فيه وهم لا يكذبونه، فلا معنى لتوقيفه إذ لا يصح أن يقبل رجوعه فيه بعد موته برجوعه إلى استلحاق ابنه لأنه قد ثبت لجماعة المسلمين ثبوته على إنكاره إلى أن مات.

تنبيه: فإن مات الأب المستلحق قبل الابن ورثه الابن بالإقرار الأول والاستلحاق الذي سبق، ولا يسقط لشبه بإنكاره بعد استلحاقه. ثم إن مات الابن بعد ذلك ورثه عصبته من قبل أبيه المستلحق له. قاله ابن رشد في الرسم المذكور وابن بطال في مقنعه. ونص ابن بطال: وإن مات المستلحق الأب الأب قبل المستلحق ورثه بالإقرار الأول والاستلحاق الذي سبق ولا يلتفت إلى إنكاره بعد الاستلحاق انتهى. وقوله «المستلحق الأب» لو قدم «الأب» فقال «الأب المستلحق» لكان أوضح.

فرع: قال في المقنع: وإن استلحق الرجل رجلاً لحق به نسباً أولاد المستلحق، ومن نفى ولده ثم استلحقه ثبت نسبه منه انتهى.

فائدتان: الأولى: يجتمع لحوق الولد والحر في خمس مسائل: إحداها: الرجل تكون عنده الأمة فتلد منه فيقر بعد الولادة أنه غصبها فيلحق به الولد لأنه يتهم على قطع نسبه ويلزمه الحد. الثانية: من اشترى أمة فولدت ثم استحقت بحرية فذكر أنه علم أنها كانت حرة ووطئها بعد ذلك فيحد ويلحق به الولد. الثالثة: من اشترى جاريتين على أن له الخيار في إحداهما فأقر أنه اختار واحدة ثم وطيء الأخرى فإنه يحد ويلحق به الولد. الرابعة: من اشترى جارية ووطئها فخاصمه ربها فقال ادفع ثمن جاريتي التي بعت منك، فيقول الواطيء إنما تركتها عندي أمانة ووديعة فإنه يحد ويلحق به الولد. الخامسة: الرجل يتزوج بأم امرأته عالماً بذلك فتلد منه فإنه يحد ويلحق به الولد. انتهى من معين الحكام وذكرها في التوضيح في كتاب الاستلحاق عند قول ابن الحاجب «ويحد الواطيء العالم والولد رقيق ولا نسب له».
وقال بعدها: وليس ذكر هذه المسائل على سبيل الحصر بل الضابط أن كل حد يثبت بالإقرار ويسقط بالرجوع عنه فالنسب ثابت منه، وكل حد لازم بالرجوع عنه فالنسب معه غير ثابت انتهى. وهذه الزيادة أصلها لابن رشد في نوازله ذكر هذه المسائل الخمس في المسائل المتعلقة بالنكاح، ثم ذكر بعدها ما تقدم. ونقل الشيخ أبو الحسن كلامه في الرجم وأشار إليه في كتاب القذف، وذكره أيضاً مختصراً في أمهات الأولاد وزاد بعده ما نصه الشيخ في محل الملك والنكاح وهو سياق كلامه انتهى. وزاد أيضاً هذا الكلام في كتاب الرجم وعدها في المسائل الملقوطة ثمانية ناقلاً لها عن ابن عبد السلام منها الخمس المذكورة، والسادسة: الرجل يشتري جارية فيولدها ثم يقر أنها ممن تعتق عليه وأنه عالم بذلك وقت الشراء ووقت الوطء. السابعة:

باب الإِيْدَاعُ

الإِيدَاعُ: تَوْكِيلٌ بِحِفْظِ مَالٍ

الرجل يتزوج المرأة فتلد منه ثم يقر أنه كان طلقها ثلاثاً وارتجعها قبل أن تتزوج وهو عالم بأن ذلك لا يحل. الثامنة: الرجل يتزوج المرأة فيولدها ثم يقر أن له أربع نسوة سواها وأنه تزوجها وهو يعلم أن نكاح الخامسة حرام انتهى. وقال في المسألة الخامسة: وهي الرجل يتزوج أم امرأته عالماً بذلك فتلد منه. قال ابن عبد السلام: وهذا إنما يصح عندي إذا لم يعلم منه أنه عالم بالتحريم إلا بعد تزويجها، وأما لو علم منه أنه عالم بالتحريم قبل نكاحه إياها فهو زناً محض لا يلحق معه الولد انتهى. وذكر في الذخيرة منها ست مسائل ناقلاً لها عن عبد الحق، عد الثانية والثالثة والخامسة والثامنة والسادسة التي ذكرها عكس الرابعة وهو أن يقول: اشتريتها والسيد منكر ولا بينة قال: فيحد هو والجارية إن أقام السيد على إنكاره. وعبر عن المسألة الخامسة بأن يتزوجها ويقرأ أنه أولدها عالماً أنها ذات محرم بنسب أو رضاع أو صهر.

الفائدة الثانية: قال السهيلي في شرح السيرة في حديث الإسراء: ومروره على النساء اللاتي أدخلن على الرجال ما ليس منهم من الأولاد، فإن بلغ الصبي وتابت أمه فأعلمته أنه لغير رشدة ليستعفف عن ميراثهم ويكف عن الاطلاع على عوراتهم أو علم ذلك بقرينة حال، وجب عليه ذلك وإلا كان شر الثلاثة كما في الحديث في ابن الزنى أنه شر الثلاثة، وقد يؤوّل على وجوه هذا أقربها إلى الصواب انتهى. وقيل: في تأويله أي إذا عمل بعمل أبويه. وفي آخر باب الزنا من النوادر عن كتاب ابن حبيب قال الشعبي: ولد الزنا خير الثلاثة إذا اتقى الله. قيل له: فقد قيل إنه شر الثلاثة؟ قال: هذا شيء قاله كعب لو كان شر الثلاثة لم ينتظر بأمه ولادته، وكذلك قال ابن عباس. وقال ابن مسعود: إنما قيل شرهم في الدنيا لو كان شرهم عند الله ما انتظر بأمه أن تضع، وقال عمر بن الخطاب: أكرموا ولد الزنا وأحسنوا إليه. وقال ابن عباس: هو عبد من عبيد الله إن أحسن جوزي وإن أساء عوقب. وقال عمر: اعتقوا أولاد الزنا وأحسنوا إليهم واستوصوا بهم اهـ. وانظر حاشيتي على مناسك الشيخ خليل عند قوله: «ولا بأس أن يحج بثمن ولد الزنا».

بـاب

(الإيداع توكيل بحفظ مال) قال ابن عرفة: الوديعة بمعنى الإيداع، نقل مجرد حفظ

كتاب الوديعة

وحقيقتها استنابة في حفظ المال وهي عقد أمانة. ثم للوديعة عاقبتان: ضمان عند التلف ورد عند البقاء. فأما الضمان فلا يجب إلا عند التقصير وللتقصير سبعة أسباب **(الإيداع توكيل بحفظ**

تُضْمَنُ بسُقُوطِ شَيْءٍ عَلَيْهَا؛ لاَ إِنْ انْكَسَرَتْ فِي نَقْلِ مِثْلِهَا،

ملك ينقل، فيدخل إيداع الوثائق بذكر الحقوق، ويخرج حفظ الإيصاء الوكالة لأنهما لأزيد منهما وحفظ الربع، وقول ابن الحاجب كابن شاس تابعين للغزالي استنابة في حفظ مال كخروجه ويبطل عكسه ما دخل، وطرده ما خرج، وبمعنى لفظها متملك نقل مطلق حفظه ينقل وهو المستعمل في عرف الفقهاء ولا يتناوله لفظ ابن شاس انتهى. وقوله: «ينقل» صفة لقوله «متملك» ولو قدم «إليه» لكان أبين. ويدخل في حده استئجار حارس لمتاع ونحوه، وإخراجه حفظ الربع من الوديعة غير ظاهر. قال في كتاب الهبة من المدونة: وإذا قلت قبضت وبعت في الأرض الغائبة لم يكن حوزاً وذلك كالإشهاد على الإقرار بالحوز إلا أن يكون له في يديك أرض أو دار أو رقيق بكراء أو عارية أو وديعة وذلك ببلد آخر فوهبك ذلك فإن قولك «قبلت» حوز انتهى. وبهذا رد الوانوغي على ابن عرفة فقال: هذا ينقض قول ابن عرفة في مختصره رداً على ابن الحاجب أن حفظ الربع ونحوه مما لا ينتقل يبطل طرد حد ابن الحاجب. قال: ودعوى اللف والنشر في هذا المقام بعيد اهـ. وقال المشذالي: وجه النقض على ابن عرفة بمسألة المدونة لأن ظاهر قوله «أو وديعة» راجع إلى الأرض وما ذكر معها فصح كون الربع عنده مما يصح إيداعه فبطل اشتراط كون المودع مما ينقل فيكون إذ ذاك مراد الدخول لا مراد الخروج. وأما قوله «ودعوى الرد» إلى آخره فهو استبعاد لدفع مقدر تقديره أن يقال: لا نسلم صحة النقض وقولكم «إن وديعة راجع للجميع» ممنوع بل الكلام فيه لف ونشر، فقوله «عارية» راجع إلى الأرض، وقوله «أو وديعة» راجع إلى الرقيق، وقال المشذالي: وهذا وإن كان ممكناً إلا أنه بعيد كما قال لكونه على خلاف الظاهر، ولا دليل يصرف عنه فوجب الوقوف عنده انتهى. ولم يذكر أحد إخراج العقار من حكم الوديعة والله أعلم. وحكمها قال ابن عرفة: هي من حيث ذاتها للفاعل والقابل مباحة، وقد يعرض وجوبها كخائف فقدها لموجب هلاكه أو فقده إن لم يودعها مع وجود قابل لها يقدر على حفظها، وحرمتها كمودع شيء غصبه ولا يقدر القابل على جحدها أو ردها لربها أو للفقراء إن كان المودع مستغرق الذمة، ولذا ذكر عياض في مداركه عن بعض الشيوخ أن من قبل وديعة من مستغرق ذمة ثم ردها إليه ضمنها للفقراء. ابن شعبان: من سئل قبل وديعة ليس عليه قبولها وإن لم يوجد غيره.

قلت: ما لم يتعين عليه قبولها بهلاكها إن لم يقبلها مع قدرته على حفظها كرفقة فيها

مال) ابن عرفة: الوديعة بمعنى الإيداع: نقل مجرد ملك ينقل فيدخل إيداع الوثائق بذكر الحقوق ويخرج حفظ الربع. وقول ابن شاس: «استنابة في حفظ المال» يبطل عكسه ما دخل وطرده ما خرج **(وضمن بسقوط شيء عليها لا إن انكسرت في نقل مثلها)** أشهب وعبد الملك: من أودع جراراً فيها إدام أو قوارير فيها دهن فنقلها من موضع في بيته إلى موضع فانكسرت في موضعها ذلك لم يضمنها، ولو سقط عليها من يده شيء فانكسرت أو رمى في بيته بشيء يريد غيرها فأصابها

....

من يحترمه من أغار عليها أو ذي حرمة بحاضرة تعرض ظالم لبعض أهلها. وندبها حيث يخشى ما يوجبها دون تحققه. وكراهتها حيث يخشى ما يحرمها دون تحققه انتهى. وانظر الذخيرة. وفي مسائل القابسي من البرزلي عن ابن المميسي أنه أتاه رجل من جيرانه يشاوره أن أحد هؤلاء القوم يعني الولاة أو الغصاب أراد أن يستودعه مائة دينار وذكر أنه لا يجد منه بداً فقال له ابن المميسي: يا أخي إن كنت تقدر على غرمها فتأخذها منه وتتصدق بها على المساكين فإن سألك فيها غرمتها له، ثم ذكر له أن أصحاب سحنون سئلوا في كائنة تونس أن رجلاً ذهب له فيها شيء وذهب له فيها ذهب وثوب دياج، فرآه يوماً في يد جندي فلم يشك أنه ثوبه فاشتراه منه بسبع دنانير ثم مضى بالثوب، فلما فتحه إذا هو غير ثوبه ثم قال: فرجع إلى الجندي فقال: يا هذا إنما ظننت أنه ثوبي فلذلك اشتريته. فقال له: لا عليك ورد الجندي يده إلى منطقته فصب منها دنانير فعد منها سبعة فأعطاها له وانصرف. قال: فلم يختلف عليه أحد من أصحاب سحنون أن عليه أن يتصدق بالدنانير وبقيمة الثوب أيضاً. قال الشيخ: لأنه رد الثوب إلى غير مالكه انتهى.

فرع: يجب حفظ الوديعة من التلف ولو أذن ربها في التلف ويضمن إن فعل. قال ابن سلمون: وفي كتاب الاستغناء: إذا قال رب الوديعة للمودع ألقها في البحر أو في النار ففعل فهو ضامن للنهي عن إضاعة المال كمن قال لرجل: اقتلني أو ولدي انتهى. ولا شك في الحرمة، وأما وجوب الضمان ففيه نظر، والظاهر دخول الخلاف فيه لإذن المالك في ذلك كمن أذن لرجل في قطع يده.

فرع: قال في كتاب الغصب من المدونة: ومن غصب شيئاً ثم أودعه فهلك عند المودع فليس لربه تضمين المودع إلا أن يتعدى انتهى.

تنبيه: قال في اللباب: أركانها ثلاثة: الصيغة والمودع والمودع. أما الصيغة فهي لفظ أو ما يقوم مقامه يدل على الاستنابة في حفظ المال. انتهى من الذخيرة. قال الشافعي: تفتقر للإيجاب والقبول كالوكالة، وأصلنا يقتضي عدم الاشتراط فيهما كما تقرر في البيع انتهى قوله فيهما أي في الإيجاب والقبول. ونزلت مسألة وهي أن رجلاً كان جالساً فجاء إنسان فوضع أمامه متاعاً ثم ذهب، فقام الجالس وتركه فذهب المتاع. فالظاهر ضمانه لأن سكوته حين وضع المتاع يدل على قبوله للوديعة والله أعلم. وقال ابن عرفة: المودع من له التصرف في الوديعة بملك أو تفويض أو ولاية كالقاضي في مال اليتيم والغائب والمجنون، والمودع من يظن حفظه، والأظهر أن شرطها باعتبار جواز فعلها وقبولها حاجة الفاعل وظن صونها من القابل، فتجوز من الصبي الخائف عليها إن بقيت بيده، وكذا العبد المحجور عليه، ويجوز أن يودعا ما خيف تلفه بيد مودعه إن ظن صونه بيد أحدهما لاحترامهما وثقتهما كأولاد المحترمين وعبيدهم عند نزول

وَبِخَلْطِهَا؛ إِلاَّ كَقَمْحٍ بِمِثْلِهِ، أَوْ دَرَاهِمَ بِدَنَانِيرِ

بعض الظلمة ببعض البلاد ولقاء الأعراب القوافل،والأصل في هذه النصوص الرأفة على حفظ المال والنهي عن إضاعته. قال اللخمي في البخاري ومسلم: قال النبي ﷺ نهى عن إضاعة المال انتهى. ص: **(إلا كقمح بمثله ودراهم بدنانير)** ش: قوله «كقمح بمثله» شامل لحفظ كل جنس بجنسه المماثل له حتى الدراهم والدنانير بمثلها، وهي الصورة الأولى من الصورتين المستثناتين من الضمان بخلط الوديعة، والثانية هي التي أشار إليها الشيخ بقوله: «ودراهم بدنانير» وهي إذا خلط الجنس بغير جنسه ولكن يمكن ميزه بسهولة. قال في الجواهر الثالث: من أسباب التقصير في الوديعة خلط الوديعة بما لا يتميز عنه مما هو غير مماثل له كخلط القمح بالشعير وشبهه. فأما خلطها بجنسها المماثل لها جودة ورداءة كحنطة بمثلها أو ذهب بمثله أو بما يتميز عنه ولا يختلط به كذهب بورق فلا يضمن انتهى. وفي المدونة: من أودعته دنانير أو دراهم فخلطها بمثلها ثم ضاع المال لم يضمن. وإن ضاع بعضه كان ما ضاع وما بقي بينكما لأن دراهمك لا تعرف من دراهمه، ولو عرفت بعينها كانت مصيبة دراهم كل واحد منه ولا يغيرها الخلط، وإن أودعته حنطة فخلطها بحنطة، فإن كانت مثلها وفعل ذلك بها على الإحراز والدفع فهلك الجميع لم يضمن، وإن كانت مختلفة ضمن، وكذلك إن خلط حنطتك بشعير ثم ضاع الجميع فهو ضامن لأنه قد أفاتها بالخلط قبل هلاكها انتهى. ص: **(للإحراز)** ش: قال ابن غازي: إنما ذكر هذا القيد في المدونة في الصورة الأولى، وأما الثانية فلم يذكره فيها أصلاً انتهى. قال بعض الناس: وهو خاص أيضاً ببعض أفراد الصورة الأولى وهو الحنطة ومشابهاتها، وأما الدنانير والدراهم فلا يشترط فيهما الإحراز وهذا ليس بصحيح، فقد قال أبو الحسن الصغير في قوله في المدونة المتقدم: ومن أودعته دراهم أو دنانير فخلطها يعني على وجه الإحراز والدفع لا على وجه التمليك. قاله أبو عمران في الطعام بعده انتهى. ويعني والله أعلم بقوله «قاله أبو عمران في الطعام بعده» أن أبا عمران لما تكلم على قوله في المدونة في الطعام وفعل ذلك بها على وجه الإحراز قال: وكذلك الدنانير والدراهم، فإن القاضي كذلك فعل في التنبيهات ونصه: قوله في خلط الحنطة إذا خلطها على وجه الدفع للإحراز فلا ضمان عليه.

تنبيه: إن خلطه بما يخلط إنما يضمنه إذا كان لهذا وشبهه من النظر، لأن جمعها أحرز

فانكسرت ضمنها انتهى. وليس في هذا النص أنه نقلها نقل مثلها، قال ابن عرفة: وزاد هذه الزيادة ابن الحاجب وهي زيادة حسنة موافقة للأصول كالراعي يضرب الشاة إن ضربها ضرب مثلها لم يضمن. قال شهاب الدين: وإن كان الله سبحانه أذن له في حمل عين الوديعة ولم يأذن له صاحبها فالإذن العام لا يسقط الضمان في الإذن الخاص، نظيره الاضطرار لأكل طعام الغير أوجب الشارع عليه تناوله وأذن له في ذلك بخلاف ربه فيغرم له القيمة على الصحيح من القول، ولهذا كان بين الميتة وطعام الغير بالنسبة للشبع فرق. انظر الفرق في ابن الحاجب **(وبخلطها إلا كقمح بمثله ودراهم**

لِلْإِحْرَازِ، ثُمَّ إِنْ تَلِفَ بَعْضُهُ: فَبَيْنَكُمَا؛ إِلاَّ أَنْ يَتَمَيَّزَ،

لها من تفريقها وأرفق بها من شغل مخزنين بذلك وكرائهما حفظهما وهو المراد بالدفع، وأن الخلط إذا كان لغير هذا من تعد أو أخذها لنفسه أنه فيه ضامن، ولا فرق في هذا بين الطعام والدراهم. وقوله «لأن دراهم هذا تعرف من دراهم هذا» يدل على أنها مختلفة. وإن خلط الدراهم المختلفة لا يضمن فيها لأنها تتميز وكذلك يجب لو خلط دنانير عنده وديعة بدراهم في كيس لم يضمن فتأمله تجده يدل على أن الإحراز قيد في الصورتين معاً والله أعلم. **ص: (ثم إن تلف بعضه فبينكما إلا أن يتميز) ش:** يشير به إلى ما تقدم عن المدونة. قال اللخمي: وإذا خلط الدراهم أو الطعام بمثله ثم ضاع بعد ذلك كانا شريكين في الباقي على قدر ما لكل واحد منهما. ويتفق في هذا مالك وابن القاسم لأنهما كانا شريكين قبل الضياع بوجه جائز انتهى. ونقله ابن عرفة. وخلاف مالك وابن القاسم المشار له هو ما ذكره في المدونة في تضمين الصناع ونصه قال: ومن اختلط له دينار مع مائة دينار لغيره ثم ضاع من الجملة دينار فهما فيه شريكان، صاحب الدينار بجزء من مائة جزء وجزء وقال ابن القاسم وابن سلمة: لصاحب المائة تسعة وتسعون ويقتسمان الدينار الباقي. ابن يونس: ولو لم يبق إلا دينار واحد لقسم بينهما نصفين على قوليهما لأن كل واحد يدعيه لنفسه انتهى. وقال المشذالي في حاشيته على هذا المحل: قال ابن سهل ابن القاسم وابن أبي سلمة: وكذلك الشاة تختلط بغنم فتبهم، ثم ذكر مسألتين: إحداهما من سماع عيسى، والثانية من سماع يحيى من كتاب الوديعة، ثم ذكر مسألة من ألغاز ابن فرحون فراجعه والله أعلم.

بدنانير للإحراز ثم إن تلف بعضه فبينكما إلا أن يتميز) ابن عرفة: خلط الوديعة بمثلها مكيلاً أو موزوناً أو بغير متيسر ميزه مغتفر، وبغيره يوجب ضمانه. ومن المدونة: من أودعته دنانير أو دراهم فخلطها بمثلها ثم ضاع المال كله لم يضمن، وإن ضاع بعضه كان ما ضاع وما بقي بينهما لأن دراهمك لا تعرف من دراهمه، ولو عرفت بعينها كانت مصيبة كل واحدة من ربها ولا يغيرها الخلط. وإن أودعته حنطة فخلطها بحنطة مثلها وفعل ذلك على الأحراز والدفع فهلك الجميع لم يضمن لأن المودع على مثل ذلك دخل وقد يشق على المودع أن يجعل كل ما أودعه على حدة، ولأنه لو تعدى على الوديعة فأكلها ثم ردّ مثلها ثم ضاعت بعد ردّه لم يلزمه شيء، فخلطه بمثلها كردّ مثلها لم يضمن إذا ضاعت، وإن كانت مختلفة ضمن، وكذلك إن خلطت حنطتك بشعيره ثم ضاع الجميع فهو ضامن لأنه قد أفاتها بالخلط قبل هلاكها لأنها لا تتميز وليس كصنف واحد من عين أو طعام اهـ. وانظر قوله: «إنه يضمن بخلطها» ولم يذكر ما يجوز له حينئذ. والذي للخمي: إن كان عند رجل وديعتان قمح وشعير فخلطهما ضمن لكل واحد منهما مثل ما خلط له، فإن اختارا رفع العداء عنه وأن يأخذاه مخلوطاً ويكونان شريكين فيه جاز ذلك عند ابن القاسم وأشهب خلافاً لسحنون. وقال ابن القاسم: وتكون شركتهما على القيمة يريد قيمة القمح معيباً والشعير غير معيب، ولا يجوز أن

وَبِانْتِفَاعِهِ بِهَا أَوْ سَفَرِهِ؛ إِنْ قَدَرَ عَلَى أَمِينٍ؛ إِلاَّ أَنْ تُرَدَّ سَالِمَةً.

فرع: إذا خلط الوديعة بما لا يجوز خلطها به وقلنا يضمن فليس معناه أنه لا يضمن إلا إذا تلفت، بل يضمنها بمجرد الخلط يتبين ذلك بما قال اللخمي ونصه: إذا كان عند رجل وديعتان . قمح وشعير. فخلطهما ضمن لكل واحد مثل ما خلط له انتهى. **ص: (وبانتفاعه بها) ش:** انظر إذا انتفع بها وردها سالمة هل يلزمه كراء مثلها أم لا، وسيأتي في أول الغصب

يقتسماه على ذلك وإنما يقتسمان الثمن. اهـ من اللخمي. والذي لابن رشد: سواء خلطهما عداء أو غير عداء. قال: والذي يوجبه الحكم أن يقتسماه بينهما مخلوطاً على قيمة القمح والشعير يوم الخلط ويقوم القمح غير معيب خلاف قول سحنون أن القمح يقوّم معيباً والشعير غير معيب. وقوله: «يباع ويقتسمان الثمن» استحسان إذ لا مانع يمنع من اقتسام الطعام بعينه على القيم، ولو لم يجز اقتسامه بعينه على القيم لما جاز اقتسام ثمنه على ذلك لأنه إنما يباع على ملكهما فإنما هو يأخذ ثمن ما كان أخذه له، ولا يجوز لهما أن يقتسماه على الكيل. راجع نوازل ابن رشد، وثاني ترجمة من الوديعة من اللخمي، وأول ترجمة من الوديعة من ابن يونس. وانظر إجازتهم ببيع القمح المخلوط مع الشعير إنما جاز ذلك لأنه بغير فعلهما. وانظر اختلاط الزرع عند الحصاد أول ترجمة المزارعة من ابن سلمون، وذكر عن ابن حبيب أنهم يقتسمونه على حسب الزريعة. ومن رسم حلف من سماع عيسى: يحلف كل واحد على ما بذروا ويقتسمون الطعام على عدد ذلك قال ابن رشد: وهذا كما قال. ومعنى هذا عندي بعد أن يتراجعوا بما لبعضهم على بعض من فضل في العمل. وقال ابن أبي زيد في قسمة الشعير والزيتون عند الخلط أن يتقارر أرباب ذلك بينهم على شيء معلوم فهو كذلك، وإن تجاهلوا فليس إلا الاصطلاح، قال البرزلي: كثيراً ما يقع عندنا بتونس تأتي السيول بالزيتون في تلك الأودية، وحُكِي هكذا. وكذلك ما اختلط على يد اللصوص من الزرع والأطعمة وكذا ما وقع في الرواية في السفن إذا اختلط فيها الطعام. وفي طرر ابن عات: إذا اختلط الكتان في الوادي لسيل أو غيره ولم يعرف كل واحد ماله تحلل أصحابه في ذلك. وانظر ما تقدم في الطعام المستهلك أنه إن أخذ ما لا يشك أنه أقل من طعامه جاز مع ما تقدم لابن حبيب من قسمة الزرع المخلوط على حسب الزريعة مع ما تقدم لابن رشد من تخفيف اقتسام الطعام المخلوط بالقيمة. ولو خلط عداء هل يكون ذلك كله مسوغاً للذين يخلطون ألبانهم أن يأخذ الإنسان من الجبن القدر الذي لا يشك أنه يخرج له من لبن غنمه لو أفردها؟ وقد بسطت في سنن المهتدين أن إقدام المرء على شيء بتأويل ليس كمن أقدم عليه مجاهراً، ومن أكل حراماً يعتقد أنه حلال أثيب على قصده ولا يعاقب على فعله ولا يظلم به قلبه، ومن أقدم على حلال صرف يعتقد شبهته قسا قلبه به وأظلم، وإن كان معتقداً حرمته كان ذلك جرحة فيه وعليه درك المخالفة مع كون ذلك الشيء في نفسه حلالاً صرفاً. وانظر الخليطين جعلاً في الزكاة كمالك واحد في الغالب لو كان الراعي يحلب غنم كل خليط على حدة **(وبانتفاعه بها أو سفره إن قدر على أمين إلا أن تردّ سالمة)** من المدونة: من أودعته دراهم أو حنطة أو ما يكال أو يوزن فاستهلك بعضها ثم هلك بقيتها لم يضمن إلا ما استهلك أولاً، ولو كان ردّ ما استهلك لم يضمن

وَحَرُمَ سَلَفُ: مُقَوَّمٍ وَمَعْدُومٍ، وَكُرِهَ النَّقْدُ

عن التنبيهات ما يدل على أن عليه الكراء فراجعه. ص: **(وحرم سلف مقوم ومعدم وكره النقد والمثلي)** ش: قال اللخمي: وكالمقوم ما يكال أو يوزن إذا كان يكثر اختلافه ولا يتحصل أمثاله ثم قال بعد أن ذكر الاختلاف في القمح والشعير والدراهم: وأرى أن ينظر إلى المودع فإن كان يعلم منه أنه لا يكره ذلك فيما بينه وبين المودع أو معه كرم طبع جاز، وإن كان يعلم منه الكراهية لم يجز لأنه لو حجر ذلك عليه من حين الدفع أو قال لا حرج عليك إن تسلفتها لم يختلف في أنه ممنوع من الانتفاع بها، وإن أشكل أمره كره ذلك انتهى.

فرع: قال في الرسالة: وإن باع الوديعة وهي عرض فربها مخير في الثمن أو القيمة يوم التعدي. قال الجزولي وغيره: وإن كان مكيلاً أو موزوناً فربه مخير في الثمن أو المثل، وقال ابن يونس في كتاب الوديعة: ولو كانت الوديعة طعاماً أو سلعة فرب الوديعة مخير إن شاء أغرمه مثل طعامه وقيمة سلعته إن فات ذلك، فإن لم يفت أخذه بعينه، وإن شاء أخذ ما أخذ

شيئاً إن ضاعت وهو مصدق أنه ردّ فيها ما أخذ منها كما يصدّق في ردّها إليك وفي تلفها. وكذلك لو تسلف جميعها ثم ردّ مثلها مكانها البريء كان أخذها على السلف أو على غيره، ولا شيء عليه إن هلكت بعد أن ردّها. ولو كانت ثياباً فلبسها حتى بليت أو استهلكها ثم رد مثلها لم تبرأ ذمته من قيمتها لأنه إنما لزمته قيمة. ومن كتاب ابن المواز: من استودع دابة أو ثوباً فأقر المستودع بركوب الدابة ولباس الثوب وقال هلك بعد أن رددته وهو مصدق. وفي كتاب ابن سحنون: هو ضامن لأنه لما ركبها ضمن بالتعدي إلا إن أقام بينة أنه نزل عنها سالمة ثم تلفت. وقال بعض أصحابنا: هو ضامن حتى يردها لحالها. ابن يونس: وهذه الأقوال في مسألة الثوب والدابة جارية على الخلاف في قول مالك في ردّه لما تسلف من الوديعة. ومن المدونة: إن أراد سفراً وخاف عورة منزله فيودعها ثقة. ابن عرفة: ظاهره ولو كان دونه في ثقته. ابن شاس: إن سافر بها مع القدرة على إيداعها عند أمين ضمن، فإن سافر بها عند العجز عن ذلك كما لو كان في قرية مثلاً لم يضمن. ابن شاس وإن أودعها عند غيره لغير عذر ثم استردها لم يضمن بعد ذلك كرده لما تسلف منها. وانظر حكم البضاعة قال مالك: ليس السفر كالحضر. قال ابن شاس: وإنما دفع له المال في السفر ليكون معه فيضمن البضاعة إن دفعها لغيره. وانظر إذا عرض له إقامة أثناء طريقه، هل يضمن إن لم يبعثها لربها أو العكس. انظر رسم شك من سماع ابن القاسم من البضائع والوكالات **(وحرم سلف مقوم ومعدم)** اللخمي: ليس للمودع أن يتسلف الوديعة إذا كان فقيراً، فإن كان موسراً، فإن كانت الوديعة عروضاً أو مما يقضى فيه بالقيمة أو مما يكال أو يوزن وكان يكثر اختلافه ولا يتحصل أمثاله كالكتان فليس للموسر أيضاً أن يتسلفها **(وكره النقد)** الباجي: اختلف في جواز التسلف من الوديعة بغير إذن ربها؛ ففي المعونة أنه مكروه، وفي العتبية عن مالك تركه أحب إليّ، وقد أجازه بعض الناس فروجع في ذلك فقال: إن كان له مال فيه وفاء وأشهد فأرجو أن لا بأس به. الباجي: وهذا في الدنانير والدراهم. ووجه الجواز إذا قلنا إن

وَالْمِثْلِيِّ: كالتِّجَارَةِ، والرِّبْحِ لَهُ،

فيها من ثمن أو جارية أو غيره انتهى والله أعلم. ص: **(كالتجارة والربح له)** ش: قال الشارح في الوسط: أي وكذا تحرم التجارة بالوديعة بغير إذن ربها فإن تجر فربح كان لربح له. وقاله في المدونة ونحوه في الشرح الصغير. والذي في المدونة إنما هو الكراهة كما هو ظاهر كلام المصنف وعلى ذلك حمله في الكبير ويوجد ذلك في بعض نسخ الوسط وهو الصواب. ونص المدونة: ومن أودعته مالاً فتجر به فالربح له وليس عليه أن يتصدق بالربح ويكره التجارة بالوديعة. قال أبو الحسن الصغير: وكذلك الوصي يتجر بمال الأيتام أن الربح له بخلاف المبضع معه والمقارض. قال عبد الحق: الفرق بينهما أن المبضع معه والمقارض إنما دفع المال إليهما على طلب الفضل فيه فليس لهما أن يجعلا ذلك لأنفسهما دون رب المال، والمودع لم يدخل على طلب الفضل، وإنما أراد حفظها له فله أصل المال دون الربح، صح من النكت الشيخ: والوصي أيضاً إنما عليه حفظ مال اليتيم انتهى. وفي المدونة: ومن أبضع معه ببضاعة يشتري بها شيئاً فتجر فيها، فإن تلفت ضمن، وأن ربح فالربح للمالك بخلاف الوديعة لأن المبضع طلب الربح فليس للمبضع معه قطعه عنه ونقله إلى ملكه، فإن تلف المال ضمن بتعديه والمودع إنما قصد الحفظ فقط فلم يكن له من الربح شيء انتهى. وفي أول كتاب القراض من المنتقى ما نصه: ولم

الدنانير والدراهم لا تتعين كأنه لا مضرة على المودع في انتفاع المودع بها إذا رد مثلها وقد كان له أن يرد مثلها ويتمسك بها مع بقاء أعيانها، ولأن المودع قد ترك الانتفاع بها مع القدرة فجاز للمودع الانتفاع به، ويجري في ذلك مجرى الانتفاع بظل حائطه وضوء سراجه، وهذا بخلاف تسلف الوصي مال اليتيم فإنه آثم **(والمثلي)** تقدم اللخمي أن مثل الكتان لا يجوز تسلفه قال: وأما القمح والشعير ونحوه، فهل يجوز سلفه كالدراهم؟ ظاهر المدونة أنه مثلها. وقال الباجي: الأظهر عندي المنع، ويجيء على قول القاضي أبي محمد أنه يبرأ برد مثله إباحة ذلك لهم انتهى. انظر عز وهذا للقاضي وهو نص المدونة. **(كالتجارة)** من المدونة: لا يتجر باللقطة في السنة ولا بعد السنة كما في الوديعة **(والربح له)** من الموطأ قال مالك: إذا استودع الرجل مالاً فابتاع به لنفسه وربح فيه فإن ذلك الربح له لأنه ضامن للمال حتى يؤديه إلى صاحبه. أبو عمران: وهذا قول مالك والليث وأبي سفيان، لأنه إذا رد المال طاب لربح له غاصباً كان للمال أو مستودعاً عنده وتعدى فيه الباجي. قوله: «فإن ذلك الربح له» يريد إن كانت الوديعة عيناً وهذا عندي مبني على أن الدنانير والدراهم لا تتعين ولذلك قال: إن كانت الوديعة طعاماً فباعه بثمن فأن صاحبه مخير بين إمضاء البيع وأخذ الثمن أو يضمنه مثل طعامه. ووجه ذلك أن هذا مما يتعين بالصفة. ويتعلق بذلك معنى آخر وهو أن المودع لم يبطل على المودع غرضه من الدراهم لأنه إنما أمره بحفظها. ولو كانت بضاعة أمره أن يشتري بها سلعة معينة أو غير معينة فاشترى بها سلعة لنفسه، فإن صاحب البضاعة مخير بين أن يضمنه مثل بضاعته أو يأخذ مثل ما اشترى بها. ووجه ذلك أنه قد رام أن يبطل عليه غرضه من بضاعته ويستأثر بربحها فلم يكن له

وَبُرِىءَ إِنْ رَدَّ غَيْرَ الْمُحَرَّمِ إِلاَّ بِإِذْنٍ، أَوْ يَقُولَ: إِن احْتَجْتَ فَخُذْ فَلا يَبْرأْ

يختلف أصحابنا أن المبضع معه المال يبتاع به لنفسه أن صاحب المال مخير بين أن يأخذ ما ابتاع به لنفسه أو يضمنه رأس المال لأنه إنما دفع إليه المال على النيابة عنه في عرضه وابتياع ما أمره به فكان أحق بما ابتاعه. وهذا إذا ظفر بالأمر قبل بيع ما ابتاعه، فإن فات ما ابتاعه به فإن ربحه لرب المال وخسارته على المبضع معه انتهى. ص: **(وبرىء إن رد غير المحرم) ش:** هو كقول ابن الحاجب: «وإذا تسلف مالاً يحرم تسلفه، ثم رد مكانها مثلها فتلف المثل برىء على المشهور». ابن عبد السلام: قيد المسألة بما لا يحرم تسلفه ليدخل فيه المكروه ويخرج منه العرض وتسلف المعدم للعين، وفي خروج المعدم من ذلك نظر لأنها ربها إنما يكره تسلفها للمعدم خشية أن لا يردها أو يردها بعسر فإن ردها فقد انتفت العلة التي لأجلها منع من تسلفها انتهى. ونحوه في التوضيح. وقال في المدونة: ولو كانت أي الوديعة ثياباً فلبسها حتى بليت أو استهلكها ثم رد مثلها لم تبرأ ذمته من قيمتها لأنه إنما لزمه قيمة ذلك انتهى. أبو الحسن: مفهومه لو رد القيمة لبرىء وليس كذلك، فإن ذمته لا تبرأ سواء أوقف القيمة أو المثل انتهى. والمشهور أنه يبرأ، وقيل لا يبرأ، ثالثها يبرأ إن ردها بأشهاد، ورابعها يبرأ إن كانت منثورة ولو كانت مصرورة ضمنها ولو ردها.

فرع: قال في التوضيح: وعلى المشهور فلا يصدق إلا بيمين. قاله أشهب وكذلك هو في الموازية انتهى. وقال ابن عرفة: وعلى براءته في تصديقه في ردها دون يمين أو بها ثالثها إن تسلفها بغير بينة صدق دون يمين وإلا لم يصدق لقول الشيخ لم يذكر في المدونة يميناً مع قول الباجي ظاهرها نفيها والشيخ عن محمد مع ابن الماجشون في المنثورة والموازية، وذكر اللخمي

ذلك انتهى. وانظر أيضاً بين الربح والخسارة فرقاً، وفي هذه المسألة كلام طويل. راجع أول رسم من كتاب البضائع من سماع عيسى عن ابن القاسم. وانظر أيضاً في الكتاب المذكور من سماع سحنون أن المبضع معه إذا لم يجد السلعة التي أبضع معه فيها فاشترى غيرها أنه بمنزلة المتعدي في الوديعة. انظر أيضاً سماع أصبغ من الكتاب المذكور **(وبريء إن رد غير المحرم)** تقدم نص المدونة: من أودعته دراهم أو ما يكال أو يوزن فاستهلكه ثم رده لم يضمن شيئاً، سواء أخذ ذلك على وجه السلف أو على غيره انتهى. وهذه المسألة إحدى ثمان مسائل في خروج الدين من الذمة للأمانة، وإذا عزل عشر زرعه فضاع وكيل طعام سلمه في غراره وأنفق على مرمة الدار من الكراء وإذا قال المستأجر بلغت الكتاب، وإذا بعته سلعة على أن يتجر بثمنها، وإذا قلت اشتر لي بالدين الذي لي عليك عبداً فقال أبق بخلاف اعمل به قراضاً فقال تلف **(إلا بإذن أو يقول إن احتجت فخذ فلا يبرأ)** لما ذكر الباجي ما تقدم قال: وهذا إذا تسلف من الوديعة بغير إذن صاحبها، وأما من أودع وديعة وقيل له تسلف منها إن شئت فتسلف منها وقال رددتها فقد قال ابن شعبان: لا يبرأ برده إياها إلا إلى ربها. ووجه ذلك أنه إذا قال ذلك رب المال صار هو المسلف فلا يبرأ المتسلف إلا برد ذلك إليه. وعندي أنه يبرأ إن ردها

وَضَمِنَ الْمَأْخُوذَ فَقَطْ أَوْ بِقُفْلٍ بِنَهْيٍ، أَوْ بِوَضْعٍ بِنُحَاسٍ فِي أَمْرِهِ بِفَخَّارٍ، لاَ إِنْ زَادَ قُفْلاً، أَوْ عَكَسَ فِي الفَخَّارِ، أَوْ أَمَرَ بِرَبْطٍ بِكُمٍّ فَأَخَذَهَا بِاليَدِ: كَجَيْبِهِ عَلَى الْمُخْتَارِ، وَبِنسْيَانِهَا فِي مَوْضِعِ إِيْدَاعِهَا.

الثالث اختياراً له ولم أقف على من نص على إخراج المعدم من البراءة إذا تلف النقد والمثلي ورده إلا ما يفهم من كلام ابن الحاجب ولم ينبه على ذلك ابن عرفة ولا غيره. ص: **(إلا إن زاد قفلاً)** ش: قال ابن الحاجب: واقفل واحداً فقفل اثنين قولان. قال في التوضيح: القول بنفي الضمان لابن عبد الحكم وهو الذي اقتصر عليه في الجواهر وزاد: إلا أن يكون في حالة إغراء للص فيضمن. والقول بالضمان مال إليه ابن يونس ولا أعلمه منصوصاً انتهى. وقال في الشامل: وبقفل نهاه عنه واختير سقوطه لا إن لم ينهه أو زاد قفلاً، إلا في حال إغراء اللص. ص: **(وبنسيانها في موضع إيداعها إلى قوله لا إن نسيها في كمه فوقعت)** ش: هو كقول

إلى الوديعة لأنها على حسب ذلك كانت عنده قبل أن يتسلفها، فإذا ردها إلى ما كانت عليه برىء من الضمان **(وضمن المأخوذ فقط)** تقدم نص المدونة: إن استهلك بعضها ثم استهلك بقيتها لم يضمن إلا ما استهلكه أولاً **(وبقفل بنهي)** ابن عبد الحكم: من قال لمن أودعه وديعة اجعلها في تابوتك ولم يقل غير ذلك لم يضمن إن قفل عليها، ولو قال لا تقفل عليها ضمنها لأن السارق برؤية القفل أطمع **(أو بوضع بنحاس في أمره بفخار)** ابن عبد الحكم: لو قال له اجعلها في سطل فخار فجعلها في سطل نحاس ضمن وفي العكس العكس. **(لا إن زاد قفلاً)** ابن عبد الحكم: لو قال له اقفل عليها قفلاً واحداً فقفل قفلين لم يضمن. ابن يونس: السارق أطمع إذا كانت بقفلين لأنه خلاف العادة فوجب الضمان **(أو عكس في الفخار)** تقدم نص هذا **(أو أمر بربط بكم فأخذها بيده كجيبه)** ابن شاس: لو أسلم إليه دراهم وقال له اربطها في كمك فأخذها في يده فأخذها غاصب من يده لم يضمن لأن اليد أحرزها هنا، ولو جعلها في جيب قميصه فضاعت فقال الشيخ أبو إسحاق: يضمن وقيل لا يضمن، والأول أحوط **(على المختار)** اللخمي: لو لقيه في غير بيته وقال اجعلها في وسطك فجعلها في جيبه ضمن، ولو لم يشترط جيب فجعلها في كمه لم يضمن، وفي جعلها في الجيب نظر. انتهى ما وجدته للخمي. وأفتى ابن رشد بالضمان قيل لحديث: «فانجابت عن المدينة انجياب الثوب» أي خرجت عنها كما خرج الجيب عن الثوب، وما خرج عن الثوب فليس منه **(وبنسيانها في موضع إيداعها)** أصبغ عن ابن وهب: من استودع وديعة في المسجد أو في المجلس فجعلها على نعليه فذهبت فلا ضمان عليه. قلت: ألم يضيع إذا لم يربطها؟ قال: يقول لا خيط معي. قلت: يربطها في طرف ردائه؟ قال: يقول ليس علي رداء. قلت: فإن كان عليه رداء؟ قال: لا يضمن، كان عليه رداء أو لم يكن. قال ابن حبيب: قال مطرف وابن الماجشون: وإن نسيها في موضع دفعت إليه وقام ضمنها، لأن ذلك جناية وليس ذلك كسقوطها من كمه أو يده في غير نسيان لأخذها، هذا لا ضمان عليه. ابن يونس: نسيانه حتى سقطت من كمه أو يده كنسيان لأخذها، ويجب أن لا يضمن. قال: وأما لو أودعها وكانت في بيته فأخذها يوماً فأدخلها في كمه وخرج بها يظنها دراهمه فسقطت فإنه يضمن. ابن يونس: أما هذه فصواب لأنه غير مأذون له في التصرف فنسيانه في ذلك كعمده لأن

وَبِدُخُولِهِ الحَمَّامَ بِهَا، وَبِخُرُوجِهِ بِهَا يَظُنُّهَا لَهُ فَتَلِفَتْ؛ لاَ إِنْ نَسِيَهَا فِي كُمِّهِ فَوَقَعَتْ وَلاَ إِنْ شَرَطَ عَلَيْهِ الضَّمَانَ، وَبِإِيدَاعِهَا وَإِنْ بِسَفَرٍ

ابن الحاجب: ولو نسيها في موضع إيداعها فقال مطرف وابن الماجشون وابن حبيب: عليه الضمان بخلاف ما إذا نسيها في كمه فلا ضمان عليه، وقيل سواء. قال في التوضيح: يحتمل في نفي الضمان ولم أر ذلك في الأولى منصوصاً نعم خرجه جماعة من الثانية، وخرجه اللخمي وابن رشد من المودع مائة دينار فيدعيها رجلان ونسي أيهما أودعه، ومن اشترى ثوبين بالخيار من رجلين فاختلطا ولم يدر لمن الجيد منهما، فقد اختلف هل يضمن لهما أو لا شيء عليه. اللخمي: والعذر بالنسيان أبين لأنه لا يعد بالنسيان مفرطاً ويحتمل أن يريد بقوله سواء أي في الضمان لكن لم أر من قال في الثانية بالضمان والله أعلم. انتهى. كلام التوضيح: ونقل ابن عرفة كلام ابن حبيب ومطرف وابن الماجشون المتقدم، ونقل قبله عن ابن شعبان ما نصه: ولو أودعه بالطريق فمضى لحاجة قبل إحرازها فضاعت ضمن، ولو جعلها في كمه ملقاة لم يكن حوزاً انتهى. ثم قال ابن عرفة لما نقل كلام ابن حبيب ومطرف وابن الماجشون: قوله في سقوطها من كمه خلاف ما تقدم في الزاهي وبه يفسر كلام ابن الحاجب انتهى. وقال في الشامل: ولو نسيها في محل إيداعها ضمن على المنصوص ثم قال: لا إن نسيها في كمه فسقطت على الأصح انتهى. وقال ابن الفاكهاني في شرح الرسالة لما عدا الأشياء التي توجب الضمان: السابع النسيان، فلو نسيها في موضعه الذي أخذها فيه ضمن عند ابن حبيب، وكذلك لو نسيها فجعلها في كمه وهو يظن أنها له فتلفت فهو ضامن. وقال ابن عبد الحكم: إذا نسيها في مجلسه فضاعت لم يضمن قال: وهذا الأصل مختلف فيه بين أصحابنا منهم من يجعل نسيانه جناية، ومنهم من لا يرى ذلك انظر الجواهر انتهى كلامه ونظرت الجواهر فلم أر فيها شيئاً مما ذكره والله أعلم. ص: **(وبإيداعها وإن بسفر)** ش: يريد وإن لم يجد لها محملاً معه إلا أن يعلم صاحبها أنه لا يجد لها محملاً على مذهب المدونة خلافاً لابن القاسم في أنه لا ضمان عليه إذا لم يجد لها محملاً معه. قاله ابن رشد في رسم شك من سماع ابن

الخطأ والعمد في أموال الناس سواء، وأما في وضعها على نعليه أو حملها من موضع أودعها إلى داره في يده أو كمه فهو غير متعدٍ في ذلك، فنسيانه إياها في مرضع أو نسيانه إياها في كمه حتى سقطت أمر يعذر به كالإكراه على أخذها منه **(وبدخوله الحمام بها)** سحنون: من أودع وديعة فصيرها في كمه مع نفقته ثم دخل الحمام فضاعت ثيابه بما فيها فإنه ضامن. ابن يونس: لعله إنما ضمنه لدخوله الحمام بها **(وبخروجه بها يظنها له فتلفت لا إن نسيها في كمه)** تقدّم عند قوله «وبنسيانها» **(وبإيداعها وإن بسفر)** ابن عرفة: موجب ضمانه الوديعة تصرفه فيها بغير إذن عادي أو حجرها فما فوقها فيها مع غيرها إيداعه إياها لا لعذر في غيبة ربها يوجب ضمانه إياها. ومن المدونة أيضاً: وإن

لِغَيْرِ زَوْجَةٍ وَأَمَةٍ اعْتِيدا بِذٰلِكَ

القاسم من البضائع والوكالات، وفيه مسألة من أودع معه وديعة لبلد فعرضت له إقامة في الطريق قصيرة كالأيام، أو طويلة كالسنة، أو متوسطة كالشهرين، فإن بعثها في القصيرة ضمنها، وإن حبسها في الطويلة ضمنها، وهو في المتوسطة مخير، هذا الذي ارتضاه ابن رشد وجمع فيه بين أقوال مالك وأصحابه، وفي نوازل أصبغ من الكتاب المذكور مسألة تتعلق بهذا المعنى فراجعها، وانظر الشيخ أبا الحسن وابن يونس في شرح قوله في المدونة في كتاب الوديعة: وإن قال الرسول لم أجد الرجل فرددت إليك المال صدق قال: هذا إذا كان في البلد معه، وإن كان في غير البلد فهو متعدٍ في الرد لأن الواجب إذا لم يجده إيداعها، انظر بقية المسألة. وفي النوادر من كتاب ابن المواز: من أبضع معه ببضاعة فليس له أن يودعها غيره ولا أن يبعث بها مع غيره إلا أن تحدث له إقامة في بلد ولا يجد صاحبها ويجد من يخرج إلى حيث أمر صاحبها فله توجيهها. ثم قال: قال مطرف: ولو قال الآمر قد أمرتك أن لا تخرج من يدك ولا تدفعها إلى غيرك وأنكر ذلك المأمور، فالمأمور مصدق وإن لم تقم بينة. وقاله ابن الماجشون وأصبغ. وقال: قال مطرف فيه: ولو اجتهد في أنه أمين فإذا هو غير أمين فالضمان عليه انتهى. ونص على هذا الأخير ابن رشد في رسم أوصى من سماع عيسى من الرهون، وتقدم كلامه. وأما قوله «أن المأمور مصدق» فليس بمخالف لما قاله المصنف في باب الوكالة. والقول لك إن ادّعى الإذن أو صفة له، وقد نص في سماع أصبغ من كتاب الوديعة على أن القول قول رب الوديعة، ونقل المسألة في الذخيرة ولم يحكيا خلافاً والله أعلم. ص: **(لغير زوجة وأمة اعتيدا بذلك)** ش: يعني فلا ضمان عليه وعكس المسألة نص عليه المشذالي في حاشيته ونصه قوله فدفعه لزوجته. انظر العكس. قال الوانوغي قال عياض: كان أبو جعفر يفتي بعدم ضمانها إذا ضاعت عنده كما لا يضمن هو ما ضاع عندها. وقال غيره: تضمن هي ولا يضمن هو وهو ظاهر المدونة: المشذالي: ما حكاه الوانوغي عن عياض ذكره في المدارك. وأبو جعفر المشار إليه هو أحمد بن داود الصواف من علماء أفريقية انتهى. وأشار ابن ناجي في شرح الرسالة إلى هذا.

أودعت لمسافر مالاً فأودعه في سفره فضاع ضمن **(لغير زوجة وأمة اعتيدا بذلك)** من المدونة: من أودعته مالاً فدفعه إلى زوجته أو خادمه لترفعه له في بيته ومن شأنه أن يرفع له فيه لم يضمن ما هلك من ذلك وهذا ما لا بد منه، وكذلك إن دفعه إلى عبده أو أجيره الذي في عياله أو دفعه في صندوقه أو بيته ونحوه لم يضمن. قال: ويصدق أنه دفعه إلى أهله أو أنه أودعه على هذه الوجوه التي ذكرنا أنه لا يضمن فيها وإن لم تقم له بينة. ابن يونس: وكان المودع على ذلك أودعه فصار كالآذن له في ذلك ولو لم يكن من شأنه أن ترفع له زوجته أو أمته، وإن كان لا يثق بماله إليهم فدفع الوديعة إليهم فإنه يضمن. ابن يونس: وظاهر الكتاب يؤيده. هذا وقد قال محمد: إن لم يكن شيء من هذا ورفعها

إِلاَّ لِعَوْرَةٍ حَدَثَتْ، أَوْ لِسَفرٍ عِنْدَ عَجْزِ الرَّدِّ، وَإِنْ أُودِعَ بِسَفرٍ، وَوَجَبَ الإِشْهَادُ بالعُذْرِ، وَبُرِّىءَ، إِنْ رَجَعَتْ سَالِمَةً، وَعَلَيْهِ اسْتِرْجَاعُهَا إِنْ نَوَى الإِيَابَ وَبِبَعْثِهِ بِهَا،

فرع: رجل طلع إلى سقف فقال لصاحب الحانوت احبس لي هذا الفرو حتى أهبط، فاحتاج صاحب الحانوت إلى القيام فقال لرجل آخر انظر الحانوت والفرو حتى آتي فضاع الفرو. فأجاب الفقيه أبو الوليد هشام بن أحمد: على صاحب الحانوت الضمان. وهذا يأتي على الوديعة إذا أودعها غيره أنه ضامن إلا أن يكون عند إرادة سفر. قاله في مسائل ابن الحاج ونقله ابن سلمون عنها.

فرع: منها: رجل حمل بضاعة لرجل فجاء إلى موضع خوف في الطريق فحبسها بيده

عند غير من يكون عنده ماله والقيام له به ضمن **(إلا لعورة حدثت)** اللخمي: إذا خاف المودع عورة منزله أو جار سوء وكان ذلك أمراً حدث بعد الإيداع جاز له أن يودعها ولا ضمان عليه، وإن كان ذلك الخوف متقدماً قبل الإيداع والمودع عالم لم يكن له أن يودعها، فإن فعل ضمن **(أو لسفر عند عجز الرد)** ابن عرفة: سفره وخوف عورة منزله عذر. أبو محمد: ولا يضمنها ولو دفعها بغير بينة. ابن يونس: كدفعه لزوجته وخادمه وينبغي على أصولهم إن لم تقم به بينة أن يضمن لأنه دفع إلى غير من دفع إليه لكنهم لم يضمنوه للعذر. ومن المدونة: إن أراد سفراً أو خاف عورة منزله وربها غائب فليودعها إلى ثقة. ابن عرفة: ظاهره ولو كان دونه في ثقته **(وإن أودع بسفر ووجب الإشهاد بالعذر)** اللخمي: إذا ثبت الإيداع والوجه الذي أوجب ذلك وهو خوف موضعه أو السفر برىء المودع. ومن المدونة: لا يصدق في إرادة السفر أو خوف عورة المنزل إلا ببينة **(وبرىء إن رجعت سالمة)** من المدونة: من أودع وديعة عند غيره ثم استردّها منه فضاعت لم يضمن كقول مالك إن أنفق منها ثم ردّ ما أنفق لم يضمن **(وعليه استرجاعها إن نوى الإياب)** اللخمي: إن أودعها عند حدوث السفر ثم عاد من سفره؛ فإن كان سفره ليعود كان عليه أن يأخذها ويحفظها لأنه التزم حفظها حتى يأتي صاحبها فلا يسقط عنه إلا القدر الذي سافره، وإن كان سفره على وجه الانتقال ثم عاد كان له أن يأخذها وليس ذلك بواجب. انظر هذا في ابن عرفة من بعث من رجل بضاعة بمصر فعرضت له حاجة إلى المدينة فبعث بها مع من يثق به، ومن بعث مع رجل بنفقة يشتري له بها متاعاً فدفعها المرسل إليه لمن يشتري له. ومن نوازل البرزلي: إن الذي وقعت به الفتوى إذا خبأ القراض أو غيره خوف مغرم السلطان فاطلع عليه وأخذ كله أنه ضامن بخلاف ما في الرواية إذا رأى العدو فألقى الوديعة في شجرة فضاعت أنه لا يضمن، لأن المسألة الأولى أمر مدخول عليه وإخباؤه يؤدّي إلى جائحته. انظر رسم شك من كتاب البضائع والوكالات. ومثل ذلك دفعها لفارس ينجو بها أو يبعث بالبضاعة مع غيره لإقامته بذلك الموضع أو لسفره لموضع آخر **(وببعثه بها)** من المدونة: لو قال في الوديعة والقراض قد رددت ذلك مع رسولي إلى ربه ضمن إلا أن يكون ربه أمره بذلك. قال أشهب: وسواء أودعته ببينة أو بغير بينة. قال ابن القاسم في المودع يأتيه رجل يزعم أن ربها أمره بأخذها فصدقه ودفعها إليه فضاعت منه: إن الدافع ضامن لها ثم له أن يرجع على الذي قبضها فيأخذها منه.

وَبِإِنْزَائِهِ عَلَيْهَا فَمُتْنَ، وَإِنْ مِنَ الْوِلاَدَةِ كَأَمَةٍ زَوَّجَهَا فَمَاتَتْ مِنَ الْوِلاَدَةِ، وَبِجَحْدِهَا، ثُمَّ فِي قَبُول بَيِّنَةِ الرَّدِّ خِلاَفٌ وَبِمَوْتِهِ وَلَمْ يُوصِ، وَلَمْ تُوجَدْ؛ إِلاَّ لِكَعَشْرِ

ثم نزل يبول فوضعها في الأرض، ثم قام ونسي ثم تذكر فرجع إلى الموضع فلم يجدها أو لا يدري أين وضعها. فقال ابن الحاج: أفتيت أنا وابن رشد بأنه ضامن، وذكر لي عن الباجي أنه أفتى بأنه لا يضمن. انتهى والله أعلم. ص: **(وبإنزائه عليها)** ش: تصوره واضح، قال ابن ناجي في شرح الرسالة: ولو ختن المودع علجاً أسلم عنده وهو يطيقه فمات من ذلك فإنه ليس بتعدٍ اتفاقاً، وسواء قلنا الختان سنة أو واجب. قاله شيخنا أبو مهدي. انتهى والله أعلم. ص: **(وبموته ولم يوص بها ولم توجد إلا لكعشر سنين)** ش: هذا فيما إذا لم تكن الوديعة بإشهاد مقصود به التوثق، وإما إن كانت كذلك فلا يسقط الضمان بطول الزمان كما نبه عليه ابن عرفة،

ومن كتاب ابن المواز: من أبضع معه بضاعة فليس له أن يودعها ولا أن يبعث بها مع غيره إلا أن تحدث له إقامة ولا يجد صاحبها ويجد من يخرج إلى حيث هو صاحبها فله توجيهها **(وبإنزائه عليها فمتن وإن من الولادة كأمة زوجها فماتت من الولادة)** من المدونة: من أودعته بقراً أو أتناً أو نوقاً فأنزى عليها فحملت فمتن من الولادة، أو كانت أمة فزوجها فحملت فماتت من الولادة، فهو ضامن وكذلك لو عطبت تحت الفحل **(وبجحدها إن قامت بينة ثم في قبول بينة الرد خلاف)** اللخمي: اختلف إذا أنكر الإيداع فلما شهدت البينة عليه أقام بينة أنه ردّها، فقيل لا تقبل بينته لأنه كذبها بقوله ما أودعتني وكذلك إذا قال ما اشتريت منك فلما أقام عليه البينة بالشراء أقام هو عليه البينة بالدفع وقيل يقبل قوله في الموضعين جميعاً وهو أحسن لأنه يقول أردت أن لا أتكلف بينة. وقال ابن يونس: قال ابن حبيب: قال ابن القاسم وأشهب ومطرف وابن الماجشون وأصبغ: من استودع وديعة ببينة فجحدها ثم أقر أنه ردّها وأقام البينة بردّها فإنه ضامن لأنه أكذب بينته إذ قال لم أجدها يريد أو قال ما أودعتني شيئاً. وأما لو قال مالك عندي شيء فالبينة بالبراءة تنفعه، وكذلك في القراض والبضاعة. ابن رشد: ومن هذا الأصل من ملك امرأته بكلام يقتضي التمليك فقضت بالثلاث فأنكر أن يكون أراد بذلك الطلاق، ثم قال: أردت واحدة. ثم قال فيمن أنكر دعوى، فلما أقامت عليه البينة جاء بالمخرج منها مما لو جاء بذلك قبل الإنكار لقبلت منه؛ فقيل: إن ذلك لا يقبل منه، وقيل يقبل منه، وقيل إلا في اللعان، وقيل إلا في الحدود والأموال. انظر قبل رسم أخذ يشرب خمراً من كتاب البضائع. وقال ابن زرقون: يتحصل فيمن أنكر أمانة ثم ادعى ضياعها أو ردّها ثلاثة أقوال.. المشهور أنه إن أقام بينة على ضياعها أو ردّها فإن تلك البينة تنفعه بعد إنكاره **(وبموته ولم يوص بها ولم توجد)** من المدونة: من هلك وقبله قراض وودائع لم توجد ولم يوص بها فذلك في ماله ويحاص بذلك غرماؤه، ومثله سماع ابن القاسم ابن رشد وهذا صحيح لا أعلم فيه خلافاً **(إلا لكعشر سنين)** ابن الحاجب: ومتى مات ولم يوص بها ولم توجد ضمن. قال مالك: ما لم تتقادم كعشر سنين. ابن عرفة: قبل هذا شارحاه على إطلاقه، وسمع ابن القاسم الوديعة يقر بها الذي هي عنده دون بينة عليه.

سِنِينَ، وَأَخَذَهَا إِنْ؛ ثَبَتَ بِكِتَابَةٍ عَلَيْهَا أَنَّهَا لَهُ: أَنَّ ذٰلِكَ خَطُّه، أَوْ خَطُّ الْمَيِّتِ، وَبِسَعْيِهِ بِهَا لِمُصَادِرٍ، وَبِمَوْتِ الْمُرْسَلِ مَعَهُ لِبَلَدٍ؛ إِنْ لَمْ يَصِلْ إِلَيْهِ، وَبِكَلُبْسِ الثَّوْبِ، وَرُكُوبِ الدَّابَّةِ،

واعترض على إطلاق ابن الحاجب وعلى سكوت شارحيه عليه والله أعلم. **ص: (وأخذها إن ثبت بكتابة عليها أنها له أن ذلك خطه أو خط الميت) ش:** فاعل «ثبت» قوله: «إن ذلك خطه» و«بكتابة» متعلق بـ«أخذها» ولو أخره لكان أبين، وتقديره: وأخذها بكتابة عليها أنها له

قال مالك: لهذه الأمور وجوه. أرأيت لو مر عليها عشرون سنة ثم مات ربها فقام يطلبها ما رأيت له شيئاً، وكأني رأيته يرى إن كان قريباً أن ذلك له وهو رأي، وإن كان إنما لذلك السنة وشبهها ثم مات ثم طلب الذي أقر له لرأيته في ماله. ابن رشد: هذا كما قال إنه من أقر بوديعة دون أن يشهد عليه بها ثم مات ولم يوجد أن لا شيء عليه إن طالت المدة، لأنه لو كان حياً وادعى ردّها كان القول قوله مع يمينه. وقال: الطول عشرون سنة وكذا عشر سنين على ما قال في موضع آخر. ابن عرفة: فيقل ابن الحاجب قول مالك ما لم يتقادم دون ثبوت تقييد الوديعة بإقراره المودع غفلة أو غلط، والتعقب على شارحيه أشد. وأخذ ابن سهل من قولها في الوديعة أن من تصدق على ابنه الصغير بثياب وأراها الشهود ثم مات ولم توجد في تركته أنه يقضي لابنه بقيمتها في تركته. راجع ابن عرفة **(وأخذها إن ثبت بكتابة عليها أنها له إن ذلك خطه أو خط الميت)** سمع أبو زيد ابن القاسم: من هلك وترك ودائع ولم يوص فتوجد صرر فيها وديعة فلان وفيها كذا وكذا ديناراً ولا بينة أنه استودعها إياه إلا بقوله ووجدوها عند الهالك كما ادعى، لا شيء له فيها. ابن رشد: لا يقضى لمن وجد عليها اسمه إن لم تكن بخطه ولا بخط المودع، فإن كانت بخط المتوفى الذي وجدت عنده فهي لمن وجد اسمه عليها اتفاقاً إلا على من لا يرى الشهادة على الخط. وإن كان بخط مدعي الوديعة فقال أصبغ: إنه يقضى له بها مع كونها في حوز المستودع. قال ابن دحون: لا يقضى له بها لاحتمال أن يكون بعض الورثة أخرجها له فكتب عليها اسمه وأخذ منه على ذلك جعلاً. انظر في ابن عرفة هنا المبعوث معه بمال يقول دفعته له والآخر ينكر **(وبسعيه بها لمصادر)** ابن عرفة: قول ابن شاس «لو سعى بها لمصادر ضمنها» واضح لتسببه في تلفها ولا أعلم نص المسألة إلا للغزالي اهـ. وقد تقدم أنه يضمن إذا أخفاها من ظالم خوف المغرم **(وبموت المرسل معه ببلد إن لم يصل إليه)** من المدونة قال مالك: إن بعث بمال إلى رجل ببلد فقدمها الرسول ثم مات بها وزعم الرجل أن الرسول لم يدفع إليه شيئاً، فلا شيء لك في تركة الرسول ولك اليمين على من يجوز أمره من ورثته أنه ما يعلم لك شيئاً. ولو مات الرسول قبل أن يبلغ البلد فلم يوجد للمال أثر فإنه يضمنه ويؤخذ من تركته. اللخمي: وجه هذا أنه في الطريق مودع وهو يقول في الوديعة إذا مات المودع ولم توجد الوديعة أنها في ماله وبعد الوصول وكيل على الدفع، ومحصوله أنه امتثل وما وكل عليه وقد يخفى على ورثته من كان أشهد على دفعها فلا يضمن بالشك. ابن عرفة: الأقوال في هذا خمسة **(وبكلبس الثوب وركوب الدابة)** ابن عرفة: لو هلك ما لبسه المودع من ثوب أو ركبة من دابة ففي تصديقه مع يمينه أنه هلك بعد ردّه إن ثبت، وإن أنكر وقامت به بينة وتضمينه مطلقاً إلا ببينة أنه نزل عنها وهي سالمة ثالثها يضمن حتى بردّها لمحمد قائلاً:

وَالْقَوْلُ لَهُ أَنَّهُ رَدَّهَا سَالِمَةً؛ إنْ أَقَرَّ بِالْفِعْلِ، وَإِنْ أَكرَاهَا لِمَكَّةَ وَرَجعَتْ بِحَالِهَا، إِلاَّ أَنَّهُ حَبَسَهَا عَنْ أَسْوَاقِهَا: فَلَكَ قِيمَتُهَا يَوْمَ كِرَائِهِ وَلاَ كِرَاءَ أَوْ أَخْذُهُ وَأَخْذُهَا، وَبِدَفْعِهَا مُدَّعِياً أَنَّكَ أَمَرْتَهُ بِهِ، وَحَلَفَتْ وَإِلاَّ حَلَفَ، وَبَرِئَ؛ إِلاَّ بِبَيِّنَةٍ عَلَى الآمِرِ، وَرَجَعَ عَلَى الْقَابِضِ،

إن ثبت أن ذلك خطه أو خط الميت. ص: **(وبدفعها مدعياً إنك أمرته به وحلفت وإلا حلف وبرىء إلا ببينة على الآمر)** ش: قال في كتاب الوديعة من المدونة: ومن أودعته وديعة فادعى أنك أمرته بدفعها إلى فلان ففعل وأنكرت أنت أن تكون أمرته فهو ضامن إلا أن تقوم لك بينة أنك أمرته بذلك. قال أبو الحسن: قال سحنون: ويحلف ربها، فإن نكل حلف المودع وبرىء. قال أشهب: سواء أودعته ببينة أو بغير بينة صح من عياض. وفي المبسوط عن مالك: إن لم يشهد ربها عليها بها صدق الرسول أنه أمره بذلك ويحلف. وفي كتاب ابن حبيب لعبد الملك: إن الرسول مصدق بكل حال، كان ديناً أو صلة أنكره القابض أو أقر به إلا أن يقول له اقض عني فلاناً دينه علي فيضمن إن لم يشهد انتهى.

فرع: فلو مات المودع وادعى المودع أنه أمره بدفعها إلى فلان فإنه يضمن ويحلف الورثة على العلم. قال في المدونة في كتاب الصدقة: ولو دفعت في الصحة مالاً لمن يفرقه في سبيل الله أو في الفقراء ثم مت أنت قبل إنفاذه، فإن أشهدت فإنه ينفذ ما فات وما بقي فهو من رأس المال، فإن لم يشهد فالباقي لورثتك، ولو فرق باقيه بعد موتك ضمن البقية لوارثك. قال أبو الحسن: قال عياض: معناه أن الورثة مقرون بذلك ولو نازعوه لضمن ما فرق وما بقي إن كان لم يشهد بعد أن يحلف منهم من يدعي علمه ممن يظن به ذلك. الشيخ: أي نازعوه أن الميت لم يأمره بذلك انتهى.

هو قول أصحابنا وكتاب ابن سحنون وبعض أصحاب ابن يونس. انظر نص ابن يونس عند قوله «وبانتفاعهما» **(والقول له أنه ردَّها سالمة إن أقر بالفعل)** تقدم نص ابن المواز: إن أقر المستودع بركوب الدابة ولباس الثوب وقال هلك بعد أن رددته هون مصدق **(وإن أكراها لمكة ورجعت بحالها إلا أنه حبسها عن أسواقها فلك قيمتها يوم كرائه ولا كراء أو أخذه وأخذها)** من المدونة قال ابن القاسم: من أودعته إبلاً فأكراها إلى مكة ورجعت بحالها إلا أنه حبسها عن أسواقها ومنافعك بها، فأنت مخير في تضمينه قيمتها يوم تعديه ولا كراء لك، أو تأخذها وتأخذ كراءها، وكذلك المستعير يزيد في المسافة أو المكتري **(وبدفعها مدعياً أنك أمرته به وحلفت وإلا حلف وبرىء)** من المدونة قال ابن القاسم: من أودعته وديعة فادعى أنك أمرته بدفعها إلى فلان ففعل وأنكرت أنت أن تكون أمرته، فهو ضامن إلا أن تقوم بينة إنك أمرته بذلك. قال أشهب: وسواء أودعته ببينة أو بغير بينة. قال سحنون: ويحلف ربها فإن نكل حلف المودع وبرىء **(إلا ببينة على الآمر)** تقدم نص فهو ضامن إلا أن تقوم بينة إنك أمرته بذلك **(ورجع على القابض)** تقدم نصها: إن الدافع ضامن لها ثم له أن يرجع على الذي قبضها فيأخذها منه. انظره عند قوله: «وببعثه بها».

فرع: قال في المسائل الملقوطة: لا يجوز دفع الوديعة بأمارة أو بكتابة، فإن فعل وجاء المودع فأنكر حلف ما أمره ولا كتب بذلك إليه وأنه لا حق له عليه وضمنها مثلها أو قيمتها، ثم يرجع المودع على القابض منه ولا يمنعه من ذلك تصديقه فيما أتى به ولا معرفته بصحة ما جاء به وشهادته بذلك. قاله ابن سهل في كتاب الإقرار انتهى. وذكر المسألة في موضع ثانٍ ثم قال: وكذلك المحال عليهم والوكيل حكمهم كذلك ولا يجبروا بالدفع إلا ببينة على المرسل انتهى. وذكر المسألة اللخمي في كتاب الوديعة بأتم من هذا ونصه: وليس على المودع أن يسلم الوديعة بأمارة المودع ولا بكتابته وإن اعترف المودع أنه خطه إلا أن يثبت الرسول عند الحاكم أنه خط المودع. قال في كتاب محمد: لأن صاحب الحق لو كان حاضراً لم يجب له أخذها حتى يشهد له بما يبرأ به، يريد أن من حقه الإبراء وإشهاده على القبض لأنه لا يبرأ إذا جحد المودع إلا أن يعترف المودع أنه رضي لصاحبها بتسليمها بذلك أو رضي الآن بتسليمها فيلزم ما رضي به، وإن رضي أن يدفعها إلى الرسول بغير أمارة ولا كتاب والوديعة عين والمودع موسر جاز رضاه وألزم ما ألزم نفسه من ذلك، فإن أنكر المودع أن يكون أرسله قام المودع بالمثل ولم يكن على صاحبها في ذلك ضرر، وإن كانت عرضاً أو غير ذلك مما لا يقضى على متلفه بالمثل أو عيناً والمودع معسر لم يجز وردّ رضاه، لأن في ذلك ضرراً على صاحبها إن قال لم أبعث إلا أن يكون الرسول ثقة مأموناً ممن يغلب على الظن صدقه فيمكن من قبضها ويلزم الآخر ما رضي به. وإن أوقع الدفع بأمارة أو بكتاب من غير ثبت أو بقول الرسول خاصة ثم قدم المودع فأنكر أن يكون بعثه كان القول قوله مع يمينه أنه لم يبعثه ولا كتب، ثم يكون بالخيار بين أن يغرم الرسول أو المودع، فإن غرم الرسول لم يرجع بها على المودع. واختلف إذا أغرمها المودع هل يرجع بها على الرسول فقال ابن القاسم في المدونة: إذا صدق الرسول ودفع إليه ثم قدم الغائب وأنكر وغرم المودع كان له أن يرجع بها على الرسول. وقال أشهب في مدونته: لا يرجع بها. وقال محمد بن المواز: إذا دفع بالكتاب أو بأمارة ثم أنكر المودع كان له أن يرجع على القابض، وعلى قول أشهب أنه لا يرجع. وإن قال المودع أمرتني أن أدفعها إلى فلان وصدقه عليه وأنكر صاحبها ذلك وأن يكون أذن له في خروجها عن يده، كان القول قوله مع يمينه ثم يغرمها أيهما أحب، فإن رجع صاحبها على متلفها لم يرجع به الغارم على الرسول. واختلف إذا رجع صاحبها على الرسول، هل يرجع الرسول على من قبضها، منه؛ فعلى قول أشهب لا يرجع عليه. وقال عبد الملك: يرجع. وأرى الرجوع في هذه الأسئلة الأربعة مفرعاً فيسقط رجوعه في كل موضع يعترف المودع أن القابض قبض بوجه صحيح وأن المودع ظالم في إغرامه، ويرجع في كل موضع يكون من القابض على شك هل قبض بوجه صحيح أم لا. فإذا كان دفعه بخط المودع أو بأمارة أو بقوله «ادفعها صدقة عليه» لم يرجع، وإن كان دفعه بقول القابض «أرسلني إليك» رجع لأنه يقول حملت قولك على أنه مصدق

وَإِنْ بَعَثَ إِلَيْهِ بِمَالٍ، فَقَالَ: تَصَدَّقْتَ بِهِ عَلَيَّ وَأَنْكَرتَ: فَالرَّسُولُ شَاهِدٌ وَهَلْ مُطْلَقاً؟ أَوْ إِنْ كَانَ الْمَالُ بِيَدِهِ؟ تَأْوِيلاَنِ.

لك ولو علمت أن المودع يخالفك لم أدفع إليك شيئاً انتهى. ص: **(وإن بعثت إليه بمال فقال تصدقت به عليّ وأنكرت فالرسول شاهد وهل مطلقاً أو إن كان المال بيده تأويلان)** ش:. قال في كتاب الوديعة من المدونة: وإن بعثت إليه بمال فقال تصدقت به علي وصدقه الرسول وأنت منكر للصدقة، فالرسول شاهد يحلف معه المبعوث إليه ويكون المال صدقة عليه. قال: كيف يحلف ولم يحضر؟ قال: كما يحلف الصبي إذا كبر مع شاهده في دين أبيه انتهى. قال أبو الحسن: قوله «كيف يحلف» نقله ابن يونس. قيل لمالك: كيف يحلف؟ وانظر جعله يحلف هنا، وهل هي يمين غموس أو إنما يحلف إذا تحقق ذلك عنده أو غلب على ظنه. واختلف هل يحلف على غلبة الظن على قولين ذكرهما اللخمي في كتاب الشهادات انتهى.

فرع: قال في الشهادة من المدونة: ومن أودعك وديعة فشهدت عليه أنه تصدق بها على فلان أو أقر له بها حلف فلان مع شهادتك واستحقها إن كان حاضراً، وإن غاب لم تجز شهادتك إن كانت غيبته تنتفع أنت في مثلها. قال أبو الحسن: فإن كانت غيبة لا تنتفع في مثلها جاز الشهادة لارتفاع التهمة انتهى. قال في النكت: سألت بعض شيوخنا من أهل بلدنا فقلت: أرأيت إن قال للسلطان خذها من يدي لا أريد إمساكها. فقال: إن كان ذلك حين أتى يشهد قال للحاكم: إن فلاناً أودعني كذا وكذا وقد تصدق به على فلان الغائب فخذه فشهادته جائزة، وإن شهد ولم يذكر ذلك ثم أتى يقول هذا فيتهم أن يقول هذا لينفي الظنة عنه التي قد أبطلت شهادته انتهى. قال أبو الحسن: ولو قدم الغائب فأراد أن يقوم بشهادته قال

(وإن بعثت إليه بمال فقال: تصدقت به علي وأنكرت حلف والرسول شاهد وهل مطلقاً أو إن كان المال بيده تأويلان) من المدونة قال مالك: وإن بعثت إلى رجل بمال فقال تصدّقت به علي وصدقه الرسول وأنت منكر للصدقة وتقول بل هو إيداع، فالرسول شاهد يحلف معه المبعوث إليه ويكون المال صدقة عليه. قيل لمالك: كيف يحلف ولم يحضر؟ قال: كما يحلف الصبي مع شاهده في دين أبيه. وقال أشهب: لا تجوز شهادة الرسول لأنه يدفع عن نفسه الضمان. قال أبو محمد: يريد أشهب أن المتصدّق عليه عديم قد أتلف المال ولا بينة للرسول على الدفع، فأما وهو مليء حاضر فشهادة الرسول جائزة مع يمين المشهود له، وكذلك إن قامت للرسول بينة بالدفع في عدم المشهود له. ابن يونس: وعلى هذا التأويل يكون قول أشهب وفاقاً لقول ابن القاسم، وكذلك علل محمد قول ابن القاسم، وعلل غيره قول أشهب أنه إنما لم تجز شهادته لأنه دفع دفعاً لم يؤمر به، وذلك أن الآمر إنما أمره أن يدفع على جهة الإيداع فدفع هو على جهة التمليك فلا تجوز شهادته ولا يؤخذ الآمر بغير ما أقر به من الدفع، وابن القاسم إنما أجاز شهادته لأنه أذن له في الدفع فدفعه والمأمور حاضر فلم

وَبِدَعْوَى الرَّدِّ عَلَى وَارِثِكَ. أَوْ الْمُرْسَلِ إِلَيْهِ الْمُنْكِرِ:

ابن شعبان: لا تقبل لأنها قد ردت. انظر اللخمي انتهى. **ص: (وبدعوى الرد على وارثك) ش:** قال ابن الحاجب: ولو ادّعى الرد على الوارث لم يقبل وكذلك دعوى وارث المودع لأنهما لم يأتمناه كاليتيم. ابن عبد السلام: وإذا كان الحكم كذلك في الصورتين فأحرى أن يكون كذلك لو مات المودع ورب الوديعة معاً وادّعى وارث المودع ردّ الوديعة إلى وارث ربها انتهى. وقال ابن عرفة: الشيخ عن الموازية: إن قال المودع أو العامل رددنا المال لوصي الوارث لموت رب المال لم يصدقا إلا ببينة أو إقرار الوصي ولو كان قبضهما بغير بينة لأنهما دفعا لغير من قبضا منه انتهى. وفي الجواهر: أما دعوى الرد على غير من ائتمنه كدعوى الرد على وارث المالك أو وكيله فلا تقبل إلا ببينة، وكذلك دعوى وارث المودع على المالك تفتقر إلى البينة، وسواء قبض في جميع هذه الصور الثلاث ببينة أو بغير بينة انتهى. **ص: (أو المرسل إليه المنكر) ش:** قال في الوديعة من المدونة: وإن دفعت إليه مالاً ليدفعه إلى رجل فقال دفعته له وأنكر ذلك الرجل، فإن لم يأت الدافع ببينة ضمن ذلك، قبض ذلك منه ببينة أو بغير بينة. ولو شرط الرسول أن يدفع المال إلى من أمرته بغير بينة لم يضمن، وإن لم تقم له بينة بالدفع إذا ثبت هذا الشرط. قال أبو الحسن الصغير في شرحه الكبير: مفهومه لو أقر برىء الدافع انتهى. قال في المدونة بعد ذلك بيسير: ومن بعث معه بمال ليدفعه إلى فلان صدقة أو صلة أو سلفاً أو من ثمن مبيع أو ليبتاع لك بها سلعة، فقال دفعته وكذبه الرجل لم يبرأ الرسول إلا ببينة. قال أبو الحسن الصغير: ومفهوم قوله: «فأكذبه» أنه لو صدقه لبرىء وظاهره يعم جميع الصور وذكر فيها السلف وفيه من أمانة إلى ذمة. أما إن كان قائم الذمة فلا إشكال أنه يبرأ، أو إن كان

يستهلك بدفعه على باب التمليك. راجع ابن يونس **(وبدعوى الردّ على وارثك)** ابن شاس: أما دعواه الردّ على غير من ائتمنه كدعوى الردّ على وارث المالك أو وكيله فلا يقبل إلا ببينة. وكذلك دعوى وارث المودع على المالك يفتقر إلى البينة أيضاً، وسواء كان القبض في جميع الصور ببينة أو بغير بينة. وفي الموازية: إن قال المودع أو العامل رددنا المال لوصي الوارث لموت رب المال لم يصدّقا إلا ببينة أو إقرار الوصي ولو كان قبضها بغير بينة لأنهما دفعاها إلى غير من قبضها منهما **(أو المرسل إليه المنكر)** من المدونة: من دفعت إليه مالاً ليدفعه إلى رجل فقال دفعته إليه وأنكر ذلك الرجل، فإن لم يأت الدافع إليه ببينة ضمن قبض ذلك منه ببينة أو بغير بينة كالوصي يدعي الدفع إلى الأيتام. ولو شرط الرسول أن يدفع المال إلى من أمرته بغير بينة لم يضمن، وإن لم تقم بينة بالدفع إذا ثبت هذا الشرط لقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»[1]. عبد الحق: وهذا بخلاف لو شرط أن لا يمين عليه، وسيأتي هذا عند قوله: «ولم يفده شرط نفيها» وعند قوله: «إلا إن شرط الدفع» فالفرعان معاً من

---

(١) رواه البخاري في كتاب الإجارة باب ١٤. أبو داود في كتاب الأقضية باب ١٢. بلفظ «المؤمنون».

....

خرب الذمة فعلى ما تقدم، وعلى العملة أو ثمن السلعة فلا إشكال أنه يبرأ بتصديقه انتهى. وقوله «على ما تقدم» يشير إلى كلام ابن رشد وسيأتي إن شاء الله ملخصاً. وقال في المدونة بعد هذا: وإن بعت من رجل ثوباً وبعثت معه عبدك أو أجيرك ليقبض الثمن فقال قبضته وضاع مني، فإن لم تقم للمشتري بينة بالدفع إلى رسولك ضمن بخلاف من دفعت إليه مالاً ليدفعه إلى رجل فقال دفعته إليه بغير بينة وصدقه الرجل هذا لا يضمن. قال أبو الحسن: ظاهره قبض ذلك إلى أمانة أو اقتضى من حقه. عياض: اختلف في تأويلها فقال ابن لبابة وغيره: إن معنى المسألة أنه إذا صدقه المبعوث فهو مصدق والرسول بريء، سواء كان القابض لها قبضها من حق أو وديعة، وهو ظاهر الكتاب وعليه اختصر أكثرهم وهو بين في كتاب ابن حبيب. وقال حمديس: إنما يجب على أصله فيما أقر به المبعوث إليه من حقوقه أو على وديعة هي قائمة في يده، وأما التي أقر بقبضها وادعى تلفها أو جحد القبض فلا يبرأ الرسول إلا ببينة على الدفع. وقاله جماعة من نظار الأندلس، ولفظه في الكتاب محتمل أن يكون «من حق أو وديعة» انتهى. ونقل ابن عرفة هذين التأويلين عن عياض أيضاً والله أعلم. وقال في المقدمات: من دفع الوديعة إلى غير اليد التي دفعتها إليه فعليه ما على ولي اليتيم من الإشهاد، فإن لم يشهد فلا يصدق في الدفع إذا أنكر القابض، ولا أحفظ في هذا الوجه نص خلاف إلا ما قاله ابن الماجشون فيمن بعث ببضاعة إلى رجل مع رجل أنه لا يلزمه الإشهاد في دفعها إليه وهو مصدق، وإن أنكر القابض كانت ديناً أو صلة، ويمكن أن يكون قول ابن القاسم مثله بالمعنى في مسألة اللؤلؤ الواقعة في كتاب الوكالات، فإن أقر بالقبض وادعى التلف فلا يخلو إما أن يكون قبض إلى أمانة أو إلى ذمة؛ فإن كان قبض إلى أمانة فاختلف في ذلك قول ابن القاسم فقال فيها مرة يبرأ الدافع بتصديق القابض وتكون المصيبة من الآمر وهو قوله في الكتاب، وقال مرة لا يبرأ الدافع إلا بإقامة البينة على الدفع أو يأتي القابض بالمال وهو قوله في كتاب ابن المواز. وأما إن قبض إلى ذمة مثل أن يقول له ادفع الوديعة التي لي عندك إلى فلان سلفاً أو تسليفاً في سلعة أو إلى صانع يعمل فيها عملاً، فإن كانت الذمة قائمة فإن الدافع يبرأ بتصديق القابض بلا خلاف، وأما إن كانت الذمة خربة فاختلف في ذلك؛ قيل: إن الدافع يبرأ بتصديق القابض وهي رواية عيسى عن ابن القاسم. وقيل: إنه لا يبرأ من تصديقه إياه الخراب ذمته.

فصل

وهذا التقسيم كله في دفع الأمانة، وأما ما يثبت في الذمة فإن دفع ذلك إلى أمانة فإنه لا يبرأ بتصديق القابض إذا ادعى التلف، ولا يبرأ إلا بإقامة البينة على معاينة الدفع أو يأتي قابض المال به. هذا نص ما في المدونة ولا أعرف في هذا خلافاً إلا أن يدخله الخلاف بالقياس على الأمانة. وإن دفع إلى ذمة فإن كانت قائمة فإنه يبرأ بتصديق القابض باتفاق، وإن كانت

خربة فإنه لا يبرأ بتصديق القابض إذا ادعى التلف إلا أن يقيم بينة على الدفع. هذا الذي يصح عندي على مذاهبهم ولا أعرف فيها نص خلاف إلا أن يدخلها الخلاف بالقياس على الأمانة فهي أربعة وجوه: دافع من ذمة إلى ذمة، ومن أمانة إلى أمانة، ومن ذمة إلى أمانة، ومن أمانة إلى ذمة. انتهى مختصراً لكنه بلفظه والله أعلم. وقول ابن رشد «إذا دفع من ذمة إلى أمانة لا يبرأ بتصديق القابض إذا ادعى التلف» يريد والله أعلم في غير الوكيل المفوض. قال ابن الحاجب: أما لو لم يمت وأكذبه لم يصدق إلا ببينة ولو صدقه المرسل إليه في قبضها منه. ابن عبد السلام: يريد فلو لم يمت الرسول أو دفع الوديعة إلى من أمره يدفعها إليه وضاعت وأنكر ربها فإنه لا يصدق في دفعها إليه حتى يقيم البينة على معاينة الدفع، فإن لم يقمها ضمن، سواء صدقه المرسل إليه في قبضها منه أو لم يصدقه في ذلك انتهى. فقول المصنف «المنكر» مفهومه أنه لو لم يكن منكراً لا يضمن وكأنه اعتمد ما تقدم عن المدونة وما نسبه ابن رشد لابن القاسم فيها، وترك ما مشى عليه ابن الحاجب لقوة الأول، ولا منافاة على هذا بين ما قال هنا وبين ما قاله في باب الوكالة، ولو قال غير المفوض قبضت وتلف برىء ولم يبرأ الغريم إلا ببينة لأن ما قاله في الوكالة محمول على القسم الثالث في كلام ابن رشد وهو الدفع من ذمة إلى أمانة الذي صرح بنفي الخلاف فيه بدليل قول المصنف «الغريم» ولذا قال الشارح هناك: يريد إذا قال الوكيل المخصوص قبضت ثمن ما بعت الخ. فتأمل ذلك والله أعلم.

تنبيه: في إطلاق المصنف على هذه المسألة دعوى الرد مسامحة وإنما فيها دعوى إيصال الأمانة.

تنبيه: ثانٍ: قال في النكت: اعلم أن الرسول إذا شرط عليه أن لا يشهد على من يدفع إليه ينفعه، وإذا شرط عليه أن لا يمين عليه لم ينفعه ذلك لأن اليمين إنما ينظر إليها حين وجوب متعلقها فكأنه شرط سقوط أمر لم يجب بعد بخلاف شرطه ترك الإشهاد. وذكره ابن حبيب فيما أراه انتهى. وقد ذكر ابن رشد من هذا في رسم أوصى من سماع عيسى من الرهون مسألة المرتهن يأخذ الرهن على أن يضعه على يدي عدل ويدعي أنه وضعه ويصدقه على ذلك العدل أنه لا ضمان عليه، ويصدق على مذهب المدونة. وقال ابن عرفة: قلت: انظر هذا مع القول بالوفاء بشرط دعوى التصديق في دعوى عدم القضاء انتهى وسيقوله المصنف.

تنبيه: إطلاق المصنف هنا في الضمان مع عدم الإشهاد هو المشهور، ومقابله أنه إذا كان العرف عدم الإشهاد صدق المودع كما تقدم في باب الوكالة، وتقدم فيه أيضاً أن تصديق رب المال لا يسقط الضمان مع عدم الإشهاد وكما هو ظاهر قراض المدونة ولفظ ابن الحاجب هنا إلا أن يدفع ذلك بحضرة رب المال فتأمله وراجعه والله أعلم.

فرع: قال في المدونة إثر المسألة الثالثة وهي قوله من بعثت معه بمال ما نصه: وكذلك إن

كَعَلَيْكَ؛ إِنْ كَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ بِهِ مَقْصُودَةٌ

أمرته بصدقة على قوم معينين، فإن صدقه بعضهم وكذبه بعضهم ضمن حصة من كذبه، ولو أمرته بصدقة على غير معينين صدق مع يمينه وإن لم يأت ببينة انتهى. ابن يونس: يريد وإنما يحلف إذا كان متهماً. ونقله أبو الحسن والله أعلم.

فرع: قال في المدونة في كتاب الوديعة: وإن بعثت بمال إلى رجل ببلد فقدمها الرسول ثم مات بها وزعم الرجل أن الرسول لم يدفع إليه شيئاً، فلا شيء لك في تركة الرسول ولك اليمين على من يجوز أمره من ورثته أنه لا يعلم لذلك سبباً. ولو مات الرسول قبل أن يصل إلى البلد فلم يوجد للمال أثر، فإنه يضمن ويؤخذ من تركته. انتهى. زاد في مختصر الوقار: فإن نكلوا غرموا. وقال فيه: فإن مات المبعوث بها إليه بعد وصول المبعوث بها معه إلى البلد وادّعى دفعها إلى الرجل لم يقبل قوله إلا أن يأتي على دفعها ببينة، وإن وصل المبعوث بها معه إلى البلد ولم يوصلها إلى المبعوث بها إليه ولم يذكر لها ذكراً حتى رجع إلى ربها وادعى تلفها فهو ضامن لها. انتهى من كتاب البضاعة منه ونحوه في النوادر في كتاب الوكالات ونصه: قال ابن حبيب: قال مطرف عن مالك، ومن أبضع مع رجل بضاعة وأمره أن يدفعها إلى آخر وأشهد الآمر عليه أو لم يشهد والبضاعة دين على الآمر أو على وجه الصلة، فعلى المأمور أن يشهد على الدافع وإلا ضمن إذا أنكر القابض أنه ما قبض منه شيئاً أو كان ميتاً أو ما أشبه ذلك من غاية الأمور انتهى. ص: **(كعليك إن كانت لك بينة)** ش: قال في معين الحكام: إذا كانت الوديعة ببينة فادعى المودع رد الوديعة فعليه البينة وإلا ضمن بعد يمين ربها ولربها رد اليمين انتهى. وفي وثائق المجموعة: فإن زعم المستودع عنده المشهود عليه بالوديعة أنه رد الوديعة إلى ربها فعليه البينة بما زعمه ولا يبرئه قوله، وله اليمين على ربها فإن حلف ربها أنه لم

تمام هذه المسألة. **(كعليك إن كانت لك بينة)** من المدونة: من بيده وديعة أو قراض لرجل فقال له رددت ذلك إليك، فهو مصدق إلا أن يكون قبض ذلك ببينة فلا يبرأ إلا ببينة. ولو قبضه ببينة فقال ضاع مني أو سرق صدق. وقال ابن رشد: الأمانات التي بين المخلوقين أمرهم الله فيها بالتقوى والأداء ولم يأمرهم بالإشهاد كما فعل في مال اليتيم، فدل ذلك على أنهم مؤتمنون في الرد إلى من ائتمنهم دون إشهاد، فوجب أن يصدق المستودع في دعواه رد الوديعة مع يمينه إن كذبه المودع كما تصدق المرأة فيما ائتمنها الله عليه مما خلق في رحمها من الحيضة والحمل إلا أن يكون دفعها إليه بإشهاد فيتبين أنه إنما ائتمنه على حفظها ولم يأتمنه على ردّها فيصدق في الضياع الذي ائتمنه عليه ولا يصدق في الرد الذي استوثق منه ولم يأتمنه عليه. هذا قول مالك وجميع أصحابه **(مقصودة)** ابن عرفة: قيد اللخمي وعبد الحق والصقلي البينة بأنه قصد بها التوثق منه. قال عبد الحق: من أخذ وديعة بحضرة قوم لم يقصد إشهادهم عليه فهو مصدق في الرد وليس كمن أخذها ببينة، وكذا إن أقر المودع عند بينة أنه قبض من فلان وديعة **(لا بدعوى التلف)** من المدونة قال مالك: إذا قبض قراضاً أو وديعة ببينة

لاَ بِدَعْوى التَّلَفِ، أَوْ عَدَمِ التَّلَفِ أَوِ الضَّيَاعِ، وَحَلَفَ الْمُتَّهَمُ. وَلَمْ يُفِدْهُ شَرْطُ نَفْيِهَا؛

يقبضها غرمها المودع عنده، وإن نكل ربها عن اليمين ردّت اليمين على المودع، فإن حلف برىء وإن نكل غرم انتهى.

تنبيه: يشترط أن يعلم المودع أنه قصد المودع بالبينة التوثق، قال أبو الحسن: وقوله يعني في المدونة: «إلا أن يكون قبض ذلك ببينة» ظاهره وإن كانت بينة الاسترعاء وليس كذلك، وأبو محمد هو الذي حرر هذا اللفظ في رسالته في قوله إلا أن يكون قبضها بإشهاد. ابن يونس: من أخذ الوديعة بمحضر قوم ولم يقصد إشهادهم عليه فهو كقبضه بلا بينة حتى يقصد الإشهاد على نفسه. اللخمي: إن كان القبض ببينة ليكون الرد ببينة لم يقبل قوله إلا ببينة إن كان الإشهاد خوف الموت ليأخذها من تركته، أو قال المودع أخاف أن يقول هي سلف فأشهدني أنها وديعة وما أشبه ذلك مما يعلم أنه لم يقصد التوثق من القابض، فيكون القول قوله في ردها بغير بينة، ولو تبرع المودع بالإشهاد على نفسه فقال أبو بكر بن زرب: لا يبرأ إلا بالإشهاد لأنه ألزم نفسه حكم الإشهاد. وقال ابن عبد الحكم: هو مصدق انتهى. ص: **(وعدم العلم بالتلف أو الضياع)** ش: كذا في أكثر النسخ، والصواب «عدم العلم بالرد». قال في التوضيح: قال في البيان: يريد بعد أن يحلف ما هي عنده ولقد ردها إليه أو تلفت. وقال في آخر كتاب الوديعة من الذخيرة: قال ابن يونس: قال أصبغ: إذا قال لا أدري أضاعت أو رددتها والقبض ببينة يضمن لأن يده يد ضمان، وإنما أمن على الحفظ ولم يتحقق المبرىء. قال ابن عبد الحكم: ولو قال لك إن أودعتني شيئاً فقد ضاع وقبضه ببينة ليس عليه إلا يمينه لجزمه بانحصار الطارىء في الضياع. انتهى والمسألة في نوازل أصبغ من كتاب الوديعة والله أعلم. ص: **(وحلف المتهم)** ش: هذا فيما إذا ادعى التلف ولم يحقق ربها عليه الدعوى أنها باقية

لا يبرأ بقوله رددت ويصدق إذا قال ضاع مني **(أو عدم العلم بالرد أو الضياع)** انظر هذا مع ما يتقرر في نوازل أصبغ لو قال لمودعها ما أدري أرددتها إليك أم تلفت، لم يضمنها إلا أن يكون إنما أودعه إياها ببينة فلا يبرأ إلا بها. ابن رشد: ويحلف ما هي عنده ولقد دفعتها إليك أو تلفت **(وحلف المتهم)** ابن يونس: قال مالك: لو أقبضه الوديعة أو القراض ببينة فقال ضاع مني صدق، يريد ولا يمين عليه إلا أن يتهم فيحلف. قال ابن عبد الحكم: وإن نكل المتهم عن اليمين ضمن ولا ترد اليمين هنا. ابن يونس: الفرق بين دعوى الرد ودعوى الضياع أن رب الوديعة في دعواه الرد يدعي يقيناً أنه كاذب فيحلف، كان متهماً أو غير متهم. وفي دعوى الضياع لا علم له بحقيقة دعواه وإنما هو معلوم من جهة المودع، فلا يحلف إلا أن يكون متهماً وهذا هو الصواب **(ولم يفده شرط نفيها)** ليس هذا من تمام الفرع قبله. قال في المدونة: من دفعت له مالاً ليدفعه إلى رجل لم يبرأ إلا ببينة. عبد الحق: فلو شرط أن لا يمين عليه لم ينفعه لأن اليمين إنما ينظر فيها حين تعلقها فكأنه شرط إسقاط أمر لم يكن

فَإِنْ نَكَلَ: حَلَفَتْ وَلاَ إِنْ شَرَطَ الدَّفْعَ لِلْمُرْسَلِ إِلَيْهِ بِلاَ بَيِّنَةٍ، وَبِقَوْلِهِ: تَلِفَتْ قَبْلَ أَنْ تَلْقَانِي بَعْدَ مَنْعِهِ دَفْعَهَا كَقَوْلِهِ بَعْدَهُ بِلاَ عُذْرٍ؛ لاَ إِنْ قَالَ: لا أَدْرِي مَتَى تَلِفَتْ، وَبِمَنْعِهَا حَتَّى يَأْتِيَ الْحَاكِمَ إِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ؛

انتهى. انظر كتاب ابن حارث في باب الأمناء، وابن جزي في باب الضمان بالتعدي والغصب، فإن نكل غرم ولا يرد اليمين. انظر ابن عرفة. وأما في دعوى الرد فإن القول قوله إلا أن يكون قبضه ببينة. وإذا قبل قوله فقال في التوضيح: الذي حكاه صاحب البيان وغيره أنه يحلف في دعوى الرد باتفاق انتهى. وقال ابن عرفة: وحيث يقبل قوله في الرد فلا خلاف أنه بيمين، واعترض على ابن الحاجب في حكايته الخلاف في ذلك وقال: وباشتمال كتابه على مثل هذا كان محققو شيوخنا ينكرون كتاب ابن الحاجب الفقهي والله أعلم. **ص: (وبمنعها حتى يأتي الحاكم إن لم تكن ببينة) ش:** تصوره ظاهر.

فرعان: الأوّل: قال في النوادر في آخر كتاب الوديعة: ومن كتاب ابن المواز ومحمد بن عبد الحكم قالا: ومن أودعته وديعة ثم أقررت أنها لزيد الغائب ثم طلبت قبضها، فلك ذلك بالحكم

بعد بخلاف لو شرط دفعه بغير بينة فإنه لا يضمن ولو لم تقم له بينة. انظر تصور هذا في الخارج **(فإن نكل حلفت)** ما نقل ابن يونس في المتهم إذا نكل إلا عدم رد اليمين. وقال ابن رشد: الأظهر أن تلحق اليمين إذا قويت التهمة وتسقط إذا ضعفت وأن لا ترجع إذا لحقت، فيبقى النظر هل يكون قوله: «فإن نكل حلفت» راجع إلى مسألة «ولم يفده شرط نفيها» أو هو بالنسبة إلى دعوى الرد فانظره أنت **(ولا إن شرط الدفع للمرسل إليه بلا بينة)** تقدم قول مالك: لو شرط الرسول أن يدفع المال بغير بينة لم يضمن لقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»[1] **(وبقوله تلفت قبل أن تلقاني بعد منعه دفعها)** روى أصبغ عن ابن القاسم فيمن له عند رجل مال وديعة فطلبه منه فاعتذر بشغل وأنه يركب إلى موضع كذا فلم يقبل عذره فتصايحا فحلف أن لا يعطيه تلك الليلة، فلما كان في غد قال ذهبت قبل أن تلقاني، ضمن لأنه أقر بها. وإن قال لا أدري متى ذهبت حلف ولا ضمان عليه، قال أصبغ: ويحلف ما علم بذهابها حين منعه **(كقوله بعده بلا عذر)** قال ابن القاسم: إن قال ذهبت بعد ما حلفت وفارقتك ضمنها لأنه منعها إياه إلا أن يكون كان على أمر لا يستطيع فيه أن يرجع ويكون عليه فيه ضرر فلا يضمن. قال ابن عبد الحكم: إذا قال أنا مشغول إلى غد فرجع إليه فقال تلفت قبل مجيئك الأول أو بعده، فلا ضمان عليه. وكذلك لو قال لا أدفعها إليك إلا بالسلطان فترافعا إليه فضاعت بين سؤاله إياه وبين إتيانه السلطان، فلا ضمان عليه لأن له في ذلك عذراً يقول خفت شغبه وأذاه **(لا إن قال لا أدري متى تلفت)** انظره قبل قوله: «بعده» **(وبمنعها حتى يأتي الحاكم إن لم تكن ببينة)** ابن رشد: لو أبى من دفعها إلا بالسلطان فهلكت في ترافعهما ففي ضمانه

---

(١) المصدر السابق.

لاَ إِنْ قَالَ ضَاعَتْ مِنْذُ سِنِينَ، وَكُنْتُ أَرْجُوهَا وَلَوْ حَضَرَ صَاحِبُهَا كَالْقِرَاضِ، وَلَيْسَ لَهُ الأَخْذُ مِنْهَا لِمَنْ ظَلَمَهُ بِمِثْلِهَا.

وليس إقرارك أنها لزيد يمنعك من قبضها في غيبة زيد لأنك الذي أودعتها، وكذلك ما أودعته عند سفرك من وديعة أو مال أنت فيه وكيل وأنت مقر أن ذلك لفلان، فلك أخذه، وكذلك ما أنت وكيل على بيعه فبعته فلك قبض الثمن. فلو قدم مالك الوديعة فطلب أخذها منك وأنت مقر أن من أودعها عندك ذكر أنها لهذا الطالب فلك منعها من ربها إلا بشاهدين على إقرار مودعها بذلك لأنك لا تبرأ منه إن جحدها إلا بهذا أو يقوم شاهد معك فيقضي له السلطان بها أو بشاهد ذلك مع يمين طالبها، فإن لم يقض له بشيء ثم قدم من أودعكها وقد غاب ربها فعليك دفعها إليه. وإن علمت أنها لغيره. وكذلك لو كانت داراً فدفعها إليه فهدمها وأتلف نقضها فلا ضمان عليك إن جاء ربها لأنك غير متعدٍ فيما

فيها وفي الرهن وإن كان قبضها ببينة ونفيه وإن كان بغيرها ثالثها إن كان بغير بينة لابن دحون وابن عبد الحكم وابن القاسم انتهى. وما ذكر ابن يونس إلا قول ابن عبد الحكم خاصة حسبما نقلته قبل قوله «لا إن قال لا أدري». وأما نص ابن القاسم فهو سماع أبي زيد في رب الوديعة يطلبها والراهن يطلب فكاكه فيأبى الذي ذلك في يديه أن يدفعه حتى يأتي السلطان فيقضي عليه بالدفع فهلك ذلك قبل القضية وبعد طلب أربابه قال: إن كان دفع إليه ذلك بلا بينة فهو ضامن **(لا إن قال ضاعت منذ سنين وكنت أرجوها ولو حضر صاحبها كالقراض)**. ابن يونس: قال أصبغ عن ابن القاسم: من طلبت منه وديعة فقال ضاعت منذ سنين إلا أني كنت أرجو أن أجدها وأطلبها ولم يكن يذكر هذا قبل ذلك وصاحبها حاضر قال: هو مصدق ولا يمين عليه انتهى. وعزا ابن عرفة هذا لسماع ابن القاسم. قال: والقراض مثله **(وليس له الأخذ منها لمن ظلمه بمثلها)** هذه مسألة مذكورة في هذا الباب وفي فصل الدعوى. ولابن عرفة هنا: من ظفر بمال لمن جحده مثله فيه اضطراب. وقال في فصل الدعوى: فيه أربعة أقوال: المنع والكراهة والإباحة والاستحباب. وقد قال خليل بعد هذا: وإن قدر على شيئه فله أخذه إن لم يكن غير عقوبة وأمن فتنة ورذيلة. وقال المازري: من غصب منه شيء وقدر على استرداده مع الأمن من تحريك فتنة أو سوء عاقبة بأن يعد سارقاً ونحو ذلك، جاز له أخذه ولم يلزمه الرفع إلى الحاكم. وأما العقوبة فلا بد من الحاكم. ابن الحاجب: وأما إن قدر على غير شيئه فثالثها إن كان من جنسه جاز. ابن عرفة: هذه طريقة ابن شاس: وقال المازري: ظاهر المذهب أن لا فرق بين جنس ماله وغيره. وقال ابن رشد: من أودع رجلاً وديعة فجحده إياها ثم استودعه وديعة أو ائتمنه على شيء ففي المدونة لا يجحده. وروى ابن وهب له أخذه إن لم يكن عليه دين، فإن كان فبقدر حصاصه منه. المازري: وهذا هو المشهور. وقال ابن عبد الحكم: له أن يأخذ وإن كان عليه دين. وقال اللخمي: إن كان عليه دين وغرماؤه عالمون بفلسه أو شاكون وتركوه يبيع ويشتري جاز له حبس جميعها، وإن كان ظاهره عندهم اليسر ولو علموا ضربوا على يديه جاز له أخذ ما لا يشك أنه

....

فعلت، وكلك لو أقررت أنه أمرك بدفعها إليه أو بدفع حق له عليك. ومر هذا في كتاب

يصير له في المحاصة، وإن كانت الوديعة عرضاً جاز أن يبيعها ويحسب الثمن بماله عليه. قال المازري: ولا يأخذ العرض يتملكه عوض حقه لأن ذلك إلزام للمانع المستحق عليه أن يعوض عنه بغير اختياره، وسامح بعضهم في هذا للضرورة قال: وإذا قلنا بالمشهور إنه لا يتملك، فهل له أن يبيعه لنفسه لأنه إن رفعه إلى القاضي كلفه إثبات دينه؟ اختار بعض أشياخي هذا ويبيع ذلك بنفسه لهذه الضرورة التي نبهنا عليها. ابن يونس: وإنما جاز له أخذ قدر ما ينوبه وإن كان للغرماء الدخول معه فيه للضرورة التي تلحقه لو أظهر ذلك، فمتى لم يضر بالغرماء بأخذ ما ينوبه جاز له ذلك. قال بعض فقهائنا: فإن حلف فحلف ما ضره ذلك كالمكره على اليمين في أخذ ماله فيحلف ولا يضره ذلك. وقال اللخمي: قال مالك: إنما يجوز له أن يجحده إذا أمر أن يحلفه كاذباً يريد أن المودع يقول له احلف لي أني ما أودعتك.

وقيل: يحلف ما أودعتني شيئاً ينوي يلزمني رده. وقيل ينوي مثله أن يحرك به لسانه وكل ذلك واسع. والصواب أن له أن يجحد ما أودعه مكان حقه عليه لقوله تعالى ﴿وإن عاقبتم﴾ [النحل: ١٢٦] الآية. ولحديث هند «خذي من ماله». وقيل: معنى: «ولا تخن من خانك» أن تأخذ فوق حقك انتهى. وقد نقلت من كلام كل إمام ما لا بد منه من أحكام هذا الفرع. وحاصل كلام اللخمي وابن يونس وابن رشد والمازري ترجيح الأخذ، وقد تقدم أول الحجر من حبس وديعة الظالم وقد نصوا في الوصي إذا علم بالدين دون غيره أنه إن خفي له دفعه دون مغلب فعل وإلا كان شاهداً. ومن ابن يونس قال مالك في ميت أوصى لصغير بدنانير ولم يشهد على ذلك إلا الوصي، فإن خفي له دفع ذلك حتى لا يتبع به فله دفع ذلك دون السلطان. وكذلك لو دفعه فلم يقبل شهادته السلطان ثم خفي له دفع ذلك فله ذلك. وقد كنت أفتيت زمن القائد أبي القاسم ابن السراج رحمه الله أن يأخذ المجاهد من الغنيمة قدر حقه لقلة الاهتبال بجميع الغنائم وقسمها، وما كان أحد وقفني على ذلك إلى أن وجدت النص بما أفتيت به في نوازل البرزلي وكان من جملة مستندي مع ما تقدم ما نقله عياض أن هارون الرشيد أجاز مالكاً بثلاثة آلاف، فقيل لمالك: يا أبا عبد الله ثلاثة آلاف تأخذها من هذا كأنه يستكثرها؟ فقال: إذا كان مقدار ما لو كان إمام عدل فأنصف أهل المروءة أصابه سيبه بذلك لم أر به بأساً. وسأله غير واحد عن جائزة للسلطان فقال له: لا تأخذها. فقال له: لا بل نقبلها. فقال مالك: أتريد أن تبوء بإثمي وإثمك انتهى. وانظر قول مالك هذا إنما هو لأن التصريح بالفقه لمثل هذا السائل موحش كما قال ابن القاسم حين منع من قبالة مصر وقيل له أشهب يقبلها فقال للرجل: قم أنت ببعض ما يقوم أشهب وحينئذ خذ ما يأخذ أشهب أو كما قال له. وكما حكى عن زيادة الله عامل إفريقية أنه أجاز العلماء، فمنهم من قبل الجائزة ومنهم من ردها، فاستنقص زيادة الله كل من قبل فبلغ ذلك أسد بن الفرات وكان ممن قبل فقال: لا عليه إنما أوصلنا إلي بعض حقنا والله حسيبه فيما يمسكه عنا. وقد نصوا أنه إن لم يكن بيت مال أن يجمع الناس مالاً ليرتبوا منه الجند وحملة العلم أعني علم فرض الكفاية الذي سئل مالك عنه أهو فرض؟ فقال: إما على كل الناس فلا. قالوا: والذي

وَلاَ أُجْرَةُ حِفْظِهَا، بِخِلاَفِ مَحَلِّهَا، وَلِكُلٍ تَرْكُهَا، وَإِنْ أَوْدَعَ صَبِيًّا، أَوْ سَفِيهاً أَوْ أَقْرَضَهُ، بَاعَهُ فَأَتْلَفَ، لَمْ يَضْمَنْ، وَإِنْ بِإِذْنِ أَهْلِهِ،

الوكالات وكتاب الإقرار الأول في باب من إقرار الدين الذي له على فلان لفلان وفيه قول آخر انتهى.

الثاني: قال في المسائل الملقوطة: إذا دعا الزوج زوجته لحاجة ودعاها من له عندها وديعة فالزوج مقدم انتهى. ص: **(وإن أودع صبياً الخ)** ش: قال المشذالي في حاشيته في كتاب المديان: وقعت مسألة في وصي دفع مركباً له لمولى عليه في حجره وصرفه إلى الإسكندرية فمضى به المولى عليه فعطب في رجوعه، فقال الوصي إنما أمرتك أن تسيرَ به وتبقيه فغررت

يتعين عليه هذا العلم هو من جاد حفظه وحس إدراكه وطابت سجيته وسريرته، فمثل هذا هو الذي يجوز له أخذ هذه الجائزة، ومن لم تكن فيه هذه الأوصاف فلا يجوز له الأخذ، وربما كان طلبه العلم من باب العبث بالنسبة للمصلحة المجتلبة ومن تكليف ما لا يطاق في حقه وكلاهما باطل شرعاً، فكيف يحل له أن يأخذ على ذلك مرتباً أو جراً؟ **(ولا أجرة حفظها بخلاف محلها)**. ابن رشد: لا أجر للمودع على حفظ الوديعة وإن كانت مما يشغل منزله فطلب أجر الموضع الذي كانت فيه فذلك له، وإن احتاجت إلى غلق أو قفل فذلك على ربها. وقيد ابن عبد السلام وجوب أجره المحل يكون طالبها ممن يقتضي حاله ذلك وعدم أجرة حفظها بنقيضه، واحتج بقولها: من ركب دابة رجل إلى بلد وقال إنما أعاره إياها وقال ربها بل بكراء قبل قوله إلا أن يكون ليس مثله يكري الدواب لشرفه وقدره **(ولكل تركها)**. ابن شاس: الوديعة من حيث ذاتها للفاعل والقائل مباحة، وقد يعرض وجوبها كخائف فقدها الموجب هلاكه أو فقره إن لم يودعها مع وجود قابل لها يقدر على حفظها. ابن عرفة: وتعرض حرمتها كإيداع مغصوب لا يقدر القابل على جحده ليرده على ربه كنقل عياض: من قبل وديعة من مستغرق ذمة ثم ردها إليه ضمن للفقراء قيمتها. من البرزلي قلت: لبعض القرويين وأظنه الصائغ: إن خفي له أخذ شيء منها فعل وإلا فلا شيء عليه. وقال ابن شعبان: من سأل قبول وديعة ليس عليه قبولها ولم يوجد غيره. ابن عرفة: ما لم يتعين عليه قبولها لهلاكها إن لم يقبلها مع قدرته على حفظها كرفقة فيها من يحترمه من أغار عليها أو ذي حرمة بحاضرة يعرض ظالم لبعض أهلها انتهى. ونحو هذا لابن رشد قال: يلزمه القبول فيه قياساً على من دعي إلى أن يشهد على شهادة أنه يلزمه ذلك إن لم يكن في البلد من يشهد غيره. **(وإن أودع صبياً أو سفيهاً أو أقرضه أو باعه فأتلف لم يضمن وإن بإذن أهله)** من المدونة قال ابن القاسم: من أودع صبياً صغيراً وديعة بإذن أهله أو بغير إذنهم فضاعت لم يضمن، يريد وكذلك السفيه لأن أصحاب ذلك سلطوا يديه على إتلافه. قال مالك: ومن باع منه سلعة فأتلفها فليس له اتباعه بثمن ولا قيمة، ولا ابتاع من الصبي سلعة ودفع إليه الثمن فأتلفه فالمبتاع ضامن للسلعة ولا شيء له قبل الصبي من الثمن. ابن عرفة: الجواب في إتلافه صواب والسؤال في ضياعها مشكل لأنه في ذلك كالرشيد. اللخمي: ولا تباعة على الصبي ولا على

وَتَعَلَّقَتْ بِذِمَّةِ الْمَأْذُونِ عَاجِلاً، وَبِذِمَّةِ غَيْرِهِ إِذَا عَتَقَ؛ إِنْ لَمْ يُسْقِطْهُ السَّيِّدُ. وَإِنْ قَالَ: هِيَ لأَحَدِكُمَا وَنَسِيتُهُ؛ تَحَالَفَا. وَقُسِمَتْ بَيْنَهُمَا وَإِنْ أَوْدَعَ اثْنَيْنِ: جُعِلَتْ بِيَدِ الأَعْدَلِ.

ورجعت فعليك الضمان. قال أبو عمران: لا ضمان عليه لأن من أطلق يد سفيه على ماله أو رباعه أو أودعه وديعة فتعدى السفيه فلا شيء عليه. فقيل: جناية الصبي لازمة له إلا فيما أطلق يده عليه والوصي يقول إنما أطلقت يده في الوصول فقط فبنفس الوصول انقطع تسليطي عليه فهو متعدٍ. قال أبو عمران: هذا وإن كان كما قلت فهو قد بقي بيده كأن أودعه إياه حتى يبيعه، وقد قال مالك فيمن جعل للسفيه جعلاً في آبق فباعه إلى آخر ما في المدونة وذكر مسائل على هذا المعنى انتهى. **ص: (وإن أودع اثنين جعلت بيد الأعدل) ش:** قال في المدونة: ومن أودع رجلين وديعة أو استبضعها فليكن ذلك بيد أعدلهما كالمال بين الوصيين، وإن لم يكن في الوصيين عدل خلعهما السلطان ووضع المال بيد غيرهما. قال ابن القاسم: ولم أسمع من مالك في الوديعة والبضاعة شيئاً وأراه مثله انتهى. قال في الذخيرة: قال في

السفيه إلا أن يثبتا أنهما أنفقا ذلك فيما لا غنى لهما عنه فيتبعا في المال الذي صرفاه، فإن أذهبا ذلك المال وأفادا غيره لم يتبعا فيه. وقال ابن شاس: من أودع عند صبي شيئاً بإذن أهله أو بغير إذنهم فأتلفه الصبي أو ضيعه لم يضمن لأنه مسلط عليه كما لو أقرضه أو باعه، وكذلك السفيه. ومن نوازل البرزلي: أفتى الشيخ أبو محمد بن أبي زيد بضمان رجل أعطاه صبي مالاً وديعة ثم ردّه عليه لأنه ردّه لمن لا يجوز له أن يعطاه **(وتعلقت بذمة المأذون عاجلاً)** من المدونة: ما أتلف المأذون له في التجارة من وديعة في يده فذلك في ذمته لا في رقبته لأن الذي أودعه متطوع بالإيداع وليس للسيد أن يفسخ ذلك منه **(وبذمة غيره إن عتق إلا أن يسقطه السيد)** من المدونة قال مالك: إن أودعت عبداً محجوراً عليه وديعة فأتلفها فهي في ذمته إن عتق يوماً إلا أن يفسخه عنه السيد والعبد في الرق فذلك له لأن ذلك يعيبه فيسقط ذلك عن العبد في رقه وبعد عتقه **(وإن قال هي لأحدكما ونسيته تحالفا وقسمت بينهما)** قال ابن القاسم في العتبية: فيمن بيده وديعة مائتا دينار فأتى رجلان كل واحد يدعيها ولا يدري لمن هي منهما قال: تكون بينهما بعد أيمانهما، فمن نكل منهما فلا شيء له وهي كلها لمن حلف، وأما في الدين فيغرم لكل واحد منهما مائة **(وإن أودع اثنين جعلت بيد الأعدل)** من المدونة قلت: فالرجل يستودع الرجلين أو يبضعهما عند من يكون ذلك منهما؟ فقال مالك في الوصيين: إن المال يجعل عند أعدلهما. قال مالك: فإن لم يكونا عدلين وضعه السلطان عند غيرهما وتبطل وصيتهما إذا لم يكونا عدلين. قال ابن القاسم: ولم أسمع من مالك في الوديعة والبضاعة شيئاً وأراه مثله. قال سحنون: وإن اقتسم المودعان أو العاملان المال في القراض لم يضمنا. قال يحيى: ولا يضمن الوصيان إذا اقتسماه. وقاله أشهب خلافاً لابن حبيب أن كل واحد يضمن ما سلم وما صار بيده لأنه يضمن ما سلم بالتسليم وما صار بيده برضاه برفع يد الآخر عنه. انظر إيداع المحرم. قال اللخمي: لا يجوز لغير ذي محرم إلا أن يكون مأموماً لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يخلون رجل

باب العَارِيَة

صَحَّ وَنُدِبَ: إِعَارَةُ مَالِكِ مَنْفَعَة

التنبيهات: لو اقتسماها لم يضمناها في ظاهر قول ابن القاسم، والخلع عند عدم العدالة مختص بالوصيين لأن الإيداع مشروع عند البر والفاجر ولا يوصي الفاجر. وقال القاضي إسماعيل: هما بخلاف الوصيين لا يكون عند أحدهما ولا ينزع منهما ولا يقتسمان ويجعلان حيث يثقان به وأيديهما فيه واحد انتهى.

باب العارية

ص: **(صح وندب إعارة مالك منفعة)** ش: قال ابن عرفة: الجوهري: العارية بالتشديد

بامرأة ليس بينه وبينها محرم»[1] وقد أجاز مالك لمن ادّعى أمة وأقامة شاهداً وضع قيمتها ويسافر بها إن كان مأموناً، ومنعه أصبغ. وانظر مسألة نزلت في كافر حمل أمانة فادّعى ضياعها. وفي الزاهي: لا يؤتمن الكافر. وقال ابن عرفة: الأظهر جوازه إن كان مأموناً. ومن الاستغناء: المسلم يستحمل النصراني مالاً ليدفعه إلى من يأمره بمنزلة المسلمين قال مالك: ولا أحب لمسلم أن يضع مع كافر ولا يأمنه على شيء من بيع ولا شراء. ومن الاستغناء أيضاً: إن ادّعى تلف الوديعة لا يمين عليه إلا إن كان غير مأمون أي متهماً بالخيانة فإنه يحلف ما فرط ولا ضيع، وليس عنده من سببها شيء وبرىء. وأما إن كان شريباً أو زانياً أو غير ذلك من وجوه الفسق غير الخيانة فلا يمين عليه، وإن ادعى رب الوديعة أنه غير مأمون لم يقبل قوله لأنه رضي أمانته. ابن شاس.

كتاب العارية

والنظر في أركانها وأحكامها وفصل الخصومة فيها. أما الأركان فالمعير والمستعير والمستعار والصيغة. وأما أحكامها فأربعة وهي: الضمان والتسلط على الانتفاع واللزوم والحكم الدافع لزوم الخصومة. وقال الجوهري: العرية بالتشديد كأنها منسوبة إلى العار لأن طلبها عار. ابن عبد السلام: أنكر هذا عليه ابن عرفة. قيل: إنها من التعاور الذي هو التداول وزنها فعلية، ويحتمل أن يكون من عراه يعروه إذا قصده ويكون وزنها «فاعولة» أو «فعلية» على القلب وهي مصدراً تمليك منفعة مؤقتة لا بعوض فيدخل العمرى والإخدام لا الحبس. واسماً مال ذو منفعة مؤقتة ملكت لا بعوض **(وصح وندب إعارة)** سيأتي لابن الحاجب أن العارية تصح من مالك المنفعة بلا حجر. وقال ابن يونس:

---

(١) رواه البخاري في كتاب النكاح باب ١١١، ١١٢. مسلم في كتاب الحج حديث ٤٢٤. الترمذي في كتاب الرضاع باب ١٦. أحمد في مسنده (٢٢٢/١) (٣٣٩/٣، ٤٤٦) بلفظ «لا يخلون رجل بامرأة: إلا ذي محرم».

بِلاَ حَجْرٍ: وَإِنْ مُسْتَعِيراً؛

كأنها منسوبة إلى العار لأن طلبها عار والعارة مثل العارية، يقال هم يتعورون للعواري بينهم. وقيل: مستعار بمعنى متعاور أي متداول. وفي بعض حواشي الصحاح ما ذكره من أنها من العار وإن كان قد قيل فليس هو الوجه، والصحيح أنها من التعاور الذي هو التداول وزنها فعلية. ويحتمل أن تكون من عراه يعروه إذا قصده ويكون وزنها فاعولة أو فعلية على القلب. ولما ذكر ابن عبد السلام وكلام الجوهري قال: أنكر عليه كونها منسوبة إلى العار لأنه لو كان كذلك لقالوا يتغيرون لأن العار عينه ياء. قلت في المخصص لابن سيده ما نصه: وتعورنا العواري وتعاورنا الشيء تداولناه. وقيل: العارية من الياء لأنها عارٍ على صاحبها وقد تعيروها بينهم.

قلت: وهذا نص بأنها من ذوات الياء يرد إنكار ابن عبد السلام يتعيرون، ولكن قال ابن سيده في المحكم: والعارية المنحة. قال بعضهم: إنها من العار وهو قول ضعيف غره قولهم يتعيرون العواري وليس على وضعه إنما هي معاقبة من الواو إلى الياء.

قلت: وقد يرد بأن الأصل عدم المعاقبة انتهى. وفي رده على ابن سيده بمثل هذا انظر فتأمله. وفي القاموس: والعارية مشددة وقد تخفف، والعارية ما تداولوه بينهم والجمع عواري مشددة ومخففة انتهى. قال ابن عرفة: وهي مصدراً: تمليك منفعة مؤقتة لا بعوض فتدخل العمرى والإخدام لا الحبس. واسماً: مال ذو منفعة مؤقتة ملكت بغير عوض. ويقال طرداهما بإرث ملك منفعة وارثها ممن حصلا له بعوض لحصولهما للوارث بغير عوض منه. ويجاب بأن عموم نفي العوض لأنه نكرة في سياق النفي يخرجهما لأنهما بعوض لمالك العين من الميت. وقول ابن شاس وابن الحاجب تمليك منافع العين بغير عوض يبطل طرده بالحبس وعكسه بأنه لا يتناولها إلا مصدراً والعرف إنما هو استعمالها اسماً وهي الشيء المعار وهي من حيث ذاتها مندوب إليها لأنها إحسان والله يحب المحسنين. ويعرض وجوبها نعني عينها لمن يخشى بعدمها هلاكه، وحرمتها ككونها معينة على معصية، وكراهتها ككونها معينة على مكروه، وتباح لغني عنها وفيه نظر لاحتمال كراهتها في حقه انتهى. ونقل كلامه ابن ناجي.

فائدة: قال القرطبي في تفسير سورة آل عمران: من الغلول منع الكتب عن أهلها وكذا غيرها. انتهى بالمعنى. ص: **(بلا حجر) ش:** مراده هنا بالحجر أعم من الحجر المتقدم في بابه ليشمل ما إذا منع المعير المستعير من الإعارة فإنه ليس له الإعارة. قال ابن سلمون: العارية مندوب إليها وتصح من كل مالك للمنفعة وإن كان ملكه لها بإجارة أو عارية ما لم يحجر

العارية مندوب إليها لقوله ﷺ: «كل معروف صدقة». ابن عرفة: ويعرض وجوبها كغني عنها لمن يخشى بعدمها هلاكاً، وحرمتها ككونها على معصية، وكراهتها وإباحتها **(مالك منفعة بلا حجر وإن مستعيراً)** ابن عرفة: ما منع في الإجارة فأحرى في العارية. وفي المدونة: إن استأجرت ثوباً لا تعطه

لاَ مَالِكِ انْتِفَاعٍ مِنْ أَهْلِ التَّبَرُّعِ عَلَيْهِ عَيْناً لِمَنْفَعَةٍ مُبَاحَةٍ؛ لاَ كَذِمِّي مُسْلِماً وَجَارِيَةٍ لِوَطْءٍ، أَوْ خِدْمَةٍ لِغَيْرِ مُحْرَمٍ، أَوْ لِمَنْ لاَ تَعْتِقُ عَلَيْهِ، وَهِيَ لَهَا، وَالأَطْعِمَةُ والنُّقُودُ: قَرْضٌ بِمَا يَدُلُّ،

عليه ذلك، ومن استعار شيئاً لمدة أو اكتراه فله أن يعيره لمثله في تلك المدة أو يكريه إلا أن يشترط عليه أن لا يفعل ذلك. ص: **(لا مالك انتفاع)** ش: انظر ما نقله ابن غازي. وانظر كلام القرافي الفرق الثلاثين وآخر كتاب العارية من الذخيرة وما نقله عن النوادر، وانظر اللخمي في الوقف. ص: **(لمنفعة مباحة)** ش: انظر ما يستعار ليتجمل به في الأعراس هل هو من باب المتشبع بما ليس له. انظر الأبي في كتاب الأيمان في حديث: «من ادّعى دعوى كاذبة» وانظر

غيرك وإن اكتريت دابة لا تكرها غيرك. وفي الزاهي: من استعار دابة فلا يركبها غيره وإن كان مثله في الخفة. وقول ابن شاس وابن الحاجب «المعير مالك المنفعة غير محجور عليه فتصح من المستعير والمستأجر» يؤيده قولها للرجل أن يؤاجر ما أوصى له به من سكنى دار أو خدمة عبد إلا أن يراد بالعبد ناحية الكفالة والحضانة. **(لا مالك انتفاع)** انظر في الشركة عند قوله «وبدىء في بناء بطريق» أن أصحاب حبس المدارس لا تجوز لهم عارية **(من أهل التبرع عليه)** ابن عرفة: المستعير قابل ملك المنفعة فلا يعار كافر عبداً مسلماً ولا ولداً والده. وقول ابن الحاجب «المستعير أهل للتبرع عليه» قاصر لأن الكافر والولد أهل للتبرع عليه **(عيناً لمنفعة)** اللخمي: العارية هبة المنافع دون الرقاب. ابن شاس: فلا تعار المكيلات ولا الموزونات وإنما يكون قرضاً لأنها لا تراد إلا لاستهلاك أعيانها، وكذلك الدنانير والدراهم إذا أخذت ليتصرف فيها. اللخمي: ولو استعيرت لتبقى أعيانها كالصيرفي يجعلها بين يديه ليرى أنه ذو مال فيقصده البائع أو المشتري، فهذه تضمن إذا لم تقم البينة على تلفها ولا تضمن مع الشهادة على تلفها **(مباحة)** ابن شاس: من شرط المستعار أن يكون الانتفاع به مباحاً فلا يستعار الجواري للاستمتاع، ويكره استخدام الإماء إلا من المحرم والنسوان أو لمن لم يبلغ الإصابة من الصبيان **(لا كذمي مسلماً)** تقدم نص ابن عرفة: لا يعار كافر عبداً مسلماً **(وجارية لوطء)** تقدم نص ابن شاس: لا يستعار الجواري للاستمتاع **(أو خدمة لغير محرم)** واللخمي شرط عارية خدمة الإماء كونه لمن لا تخشى متعته بهن فتجوز للنساء ولغير بالغ ولذي محرم منهن كالابن والأب والأخ وابن الأخ والجد والعم، هؤلاء بالانتفاع بالخدمة على ضربين: فمن كان منهم يصح منه مالك رقبة المخدوم جاز أن يستخدمه، ومن لم يجز له ملك الرقبة لم يجز له أن يستخدمه تلك المدة، وتكون منافع ذلك لعبد أو الأمة لهما دون من وهبت له. وقال قبل ذلك: إجارة الرجل المرأة على خمسة أوجه: فإن كان عزباً لم يجز مأموناً كان أو غير مأمون، وإن كان له أهل وهو مأمون جاز، وإن كان غير مأمون في هذا الوجه لم يجز، وإن كان له أهل وإن كان متجالة لا أرب للرجال فيها جاز، وكذلك إن كانت شابة وهو شيخ فانٍ **(أو لمن يعتق عليه وهي لهما)** تقدم نص اللخمي: من لم يجز له ملك الرقبة لم يجز له أن يستخدمه ويكون منافع ذلك العبد أو الأمة لهما دون من وهبت له **(والأطعمة والنقود قرض)** هذا نص المدونة وتقدّم نص اللخمي عند قوله: «عيناً» **(بما يدل)** ابن شاس: الصيغة ما دل على معنى العارية. ابن عرفة: بحسب اللفظ والقرينة. من المدونة: لو قال اسرج لي دابتك لأركبها في حاجة

وَجَازَ: أَعِنِّي بِغُلاَمِكَ لأُعِينَكَ إِجَارَةً وَضَمِنَ المَغِيبَ عَلَيْهِ؛ إِلاَّ لِبَيِّنَةٍ. وَهَلْ، وَإِنْ شَرَطَ نَفْيَهُ؟ تَرَدُّدٌ لاَ غَيْرَهُ وَلَوْ بِشَرْطٍ، وَحَلَفَ فِيمَا عُلِمَ أَنَّهُ بِلاَ سَبَبِهِ. كَسُوسٍ: أَنَّهُ مَا فَرَّطَ وَبَرِىءَ

المدخل. **ص: (وضمن المغيب عليه) ش:** قال في المقدمات: إذا وجب على المستعير ضمان العارية فإنه يضمن قيمة الرقبة يوم انقضاء أجل العارية على ما ينقصها الاستعمال المأذون فيه بعد يمينه لقد ضاعت ضياعاً لا يقدر على ردها انتهى. **ص: (لا غيره) ش:** يعني أنه لا يضمن ما لا يغاب عليه. قال الجزولي في شرح قول الرسالة: ولا يضمن ما لا يغاب عليه من عبد أو دابة وهو مصدق في هلاكه ويحلف متهماً كان أو غير متهم انتهى. وانظر كلام غيره في المسألة.

فرع: قال في التوضيح: ابن المواز: وإذا قلنا لا يضمن الدابة فيضمن سرجها ولجامها. اللخمي: ولا يضمن العبد ولا ما عليه من الكسوة لأن العبد حائز لما عليه انتهى. **ص: (إن**

فيقول اركبها حيث أحببت، فهذا يعلم أنه لم يسرجها له إلى الشام **(وجاز أعني بغلامك لأعينك بغلامي إجارة)** ابن شاس: لو قال أعني بغلامك يوماً وأعينك بغلامي يوماً فليس بعارية بل ترجع إلى حكم الإجارة لكن أجازه ابن القاسم ورآه من الرفق. وسمع ابن القاسم: من قال لرجل أعني بغلامك أو ثورك في حرثي يوماً أو يومين وأعينك بغلامي أو ثوري يوماً أو يومين لا بأس بذلك للرفق انتهى. وقد تقدّم من هذا في الخيار عند قوله «وأجير تأخر شهراً» **(وضمن المغيب عليه إلا ببينة)** من المدونة قال ابن القاسم: العارية مضمونة فيما يغاب عليه من ثوب أو غيره من العروض، فإن ادّعى المستعير أن ذلك هلك أو سرق أو تحرف أو انكسر فهو ضامن وعليه فيما أفسد فساداً يسيراً ما نقصه، وإن كان كثيراً ضمن قيمته كله إلا أن يقيم بينة أن ذلك هلك بغير سببه فلا يضمن إلا أن يكون منه تضييع أو تفريط بين فيضمن **(وهل وإن شرط نفيه تردد)** ابن رشد: وإن شرط المستعير أن لا ضمان عليه فيما يغاب عليه فشرطه باطل وعليه الضمان. قاله ابن القاسم وأشهب في العتبية وهو عن ابن القاسم أيضاً في بعض روايات المدونة. ابن عرفة: ونقله الجلاب عن المذهب وفي غير نسخة من اللخمي. قال ابن القاسم وأشهب: إن شرط أنه مصدق في تلف الثياب وشبهها له شرطه ولا شيء عليه **(لا غيره)** من المدونة قال ابن القاسم: كل ما علم بالبينة أنه هلك أو نقص فيما استعير له فلا يضمنه، ولا يضمن ما لا يغاب عليه من حيوان أو غيره وهو مصدق في تلفه، ولا يضمن شيئاً مما أصابه عنده إلا أن يكون بتعديه **(ولو بشرط)** ابن رشد: إن اشترط المعير على المستعير الضمان فيما لا يغاب عليه أو مع قيام البينة فيما يغاب عليه فقول مالك وجميع أصحابه أن الشرط باطل جملة من غير تفصيل حاشا مطرف **(وحلف فيما علم أنه بلا سببه كسوس أنه ما فرط وبرىء)** ابن الحاجب: ما علم أنه بغير سببه كالسوس في الثوب يحلف ما أراد فساداً ويبرأ. راجع ابن عرفة هنا فإن في هذا كلاماً يطول. وانظر أول ترجمة من تضمين الصناع من ابن يونس قال: وكل ما في الرهون وتضمين الصناع يجري مثله في العارية **(وبرىء في**

فِي كَسْرٍ: كَسَيْفٍ؛ إِنْ شُهِدَ لَهُ أَنَّهُ مَعَهُ فِي اللِّقَاءِ، أَوْ ضَرَبَ بِهِ ضَرْبَ مِثْلِهِ، وَفَعَلَ الْمَأْذُونَ، وَمِثْلَهُ وَدُونَهُ؛ لاَ أَضَرَّ وَإِنْ زَادَ مَا تَعْطَبُ بِهِ؛ فَلَهُ قِيمَتُهَا، أَوْ كِرَاؤُهُ: كَرَدِيفٍ، وَاتُّبِعَ إِنْ أَعْدَمَ وَلَمْ يَعْلَمْ

شهد له أنه معه في اللقاء) ش: هذا هو مذهب المدونة. ص: **(أو ضرب به ضرب مثله)** ش: هذا قول آخر حكاه ابن رشد أنه لا يصدق إلا أن يكون له بينة أنه ضرب به في اللقاء ضرباً يجوز له. قال: وهو أبعد الأقوال ولا يحتاج إليه على القول الأول الذي صدر به المصنف وهو مذهب المدونة.

فرع: قال في التوضيح: اللخمي: وأما الرحى تستعار للطحن عليها فيأتي بها وقد

كسر كسيف إن شهد له أنه معه في اللقاء أو ضرب به ضرب مثله) فضمنه وحلف فيما علم أنه بلا سببه وفي كسر كسيف الخ. وعبارة المدونة: من استعار سيفاً ليقاتل به فضرب به فانكسر لم يضمن لأنه فعل ما أذن له فيه، وهذا إذا كانت له بينة أو عرف أنه كان معه في اللقاء وإلا ضمن. قال سحنون: ولعله ضرب به ضرباً أخرق فيه. وقال ابن القاسم في العتبية: إذا استعار ثوباً أو منشاراً أو فأساً أو غيره مما يغاب عليه فيأتي به مكسوراً يقول نابه ذلك فيما استعرته له إنه ضامن ولا يصدق. وقال عيسى: ولا يضمن إذا ذكر ما يشبه ويرى أنه يصيبه ذلك في ذلك العمل فذلك لا يخفى. وذكر ابن حبيب عن مطرف مثل قول عيسى. ومثل الفأس في ذلك السيف والصحفة وما يغاب عليه لا يضمن في شيء من ذلك إذا جاء بما يشبه. وابن القاسم يضمنه وبمثل قول مطرف. ابن يونس: وهو عندي أبين. ابن رشد: هو أصوب الأقوال ويحلف **(وفعل المأذون ومثله ودونه لا أضر)** من المدوّنة: من استعار دابة ليحمل عليه حنطة فجعل عليها حجارة فكل ما حمل مما هو أضربها مما استعارها له فعطبت به فهو ضامن، وإن كان مثله في الضرر لم يضمن كحمله عدساً في مكان حنطة أو كتاناً أو قطناً في مكان بر. وكذلك من اكتراها لحمل أو ركوب فأكراها من غيره في مثل ما اكتراها له فعطبت لم يضمن، وإن اكتراها لحمل حنطة فركبها فعطبت، فإن كان ذلك أضر وأثقل ضمن وإلا لم يضمن انتهى. انظر قبل هذا عند قوله: «مالك منفعة» **(وإن زاد ما تعطب به فله قيمتها أو كراؤه)** ابن يونس: وإذا استعارها لحمل شيء فحمل غيره أضر، فإن كان الذي زاده مما تعطب في مثله فعطبت، خير رب الدابة في أن يضمنه قيمتها يوم تعديه ولا شيء له غير ذلك، وإن أحب أن يأخذ كراء فضل الضرر أخذه ولا شيء له غير ذلك. ومعرفته أن يقال كم يساوي كراؤها فيما استعارها له؟ فإن قيل عشرة قيل له: كم يساوي كراؤها فيما حمل عليها؟ فإن قيل خمسة عشر دفع إليه الخمسة الزائدة على كراء ما استعارها له. وإن كان ما حملها به لا تعطب في مثله فليس له الإكراء الزيادة لأن عطبها من أمر الله ليس لأجل الزيادة **(كرديف)** من المدونة: إن استعارها ليركب إلى موضع فركب وأردف رديفاً تعطب في مثله فعطبت، فربها مخير في أخذ كراء الرديف فقط أو تضمينه قيمة الدابة يوم أردفه **(واتبع إن أعدم ولم يعلم بالإعارة)** انظر هذه العبارة قال ابن يونس: إن علم الرديف أنها مستعارة فهو كالمستعير لربها أن يضمن من شاء منهما، وإن لم يعلم فعن أشهب لا يلزم الرديف شيء وإن كان المستعير

بَالإِعَارَةِ؛ وَإِلاَّ فَكِرَاؤُهُ، وَلَزِمَتِ الْمُقَيَّدَةُ بِعَمَلٍ أَوْ أَجَلٍ لانْقِضَائِهِ؛ وَإِلاَّ فَالْمُعْتَادُ، وَلَهُ الإِخْرَاجُ فِي: كَبِنَاءٍ؛ إِنْ دَفَعَ مَا أَنْفَقَ، وَفِيهَا أَيْضاً قِيمَتُهُ، وَهَلْ خِلاَفٌ، أَوْ قِيمَتُهُ إِنْ لَمْ يَشْتَرِهِ، أَوْ إِنْ طَالَ أَوْ إِنِ اشْتَرَاهُ بِغَبْنٍ كَثِيرٍ؟ تَأْوِيلاَتٌ.

جفت فلا شيء عليه بالاتفاق. ص: **(وإلا فالمعتاد وله الإخراج في كبناء) ش:** قال ابن غازي: قوله «وإلا فالمعتاد» هو خلاف ما في المدونة إلا أن ابن يونس صوبه. وقوله «وله الإخراج» وفاق لما في المدونة وكلامه متناقض، وقد عدها ابن الحاجب قولين وقبله ابن عبد السلام وابن عرفة والمصنف. ولو قال: فالمعتاد على الأرجح وفيها له الإخراج في كبناء، الخ لأجاد انتهى. وما قاله ابن غازي صحيح لا غبار عليه، وعلى ما ذكره المصنف في البناء هنا مشى في كتاب الشركة في مسألة إعارة الجدار وما بعده، وهو أحد الأقوال الستة التي حصلها ابن زرقون على ما قاله في التوضيح كأنه والله أعلم أشار به إلى أخذها من كلام ابن رشد فإنه حصلها في رسم صلى نهاراً من سماع ابن القاسم من الأقضية فراجعه. وقال البساطي هنا: فإن قلت قوله: «وإلا فالمعتاد» يقتضي أن العارية لازمة إلى انتهاء المدة وقول: «وله الإخراج» ينافي ذلك ولهذا لما قال ابن الحاجب «وإلا فالمعتاد في مثلها» غير بعد ذلك بـ«قيل» فقال «وقيل

عديماً. وقال بعض شيوخنا: هذا خلاف لابن القاسم بل عليه الكراء في عدم المستعير كمن غصب سلعة فوهبها فهلكت أن الموهوب يضمن في عدم الغاصب **(وإلا فكراؤه)** تقدّم قبل قوله: «كرديف» أنه إن كان ما حملها به لا تعطب في مثله فليس له إلا كراء الزيادة **(ولزمت المقيدة بعمل أو أجل لا بقضائه)** ابن عرفة: الوفاء بالعارية لازم. من المدونة: من ألزم نفسه معروفاً لزمه. ومن كتاب محمد: قال مالك في السائل يقف بالباب فيؤمر له بالكسرة فيوجد قد ذهب: فأرى أن يعطى لغيره وما هو بالواجب. ومن قال لمديان أو غيره أنا أعيرك أنا أهبك فلا يلزمه وقد رغب عن مكارم الأخلاق. ولا أدري كيف ذلك فيما بينه وبين الله. قال ابن القاسم: وأما ما أدخله بوعده في لازم فذلك الوعد يلزم. قال مالك: إلا أن يموت المعطي قبل القبض. ومن نوازل سحنون: من جامع البيوع في المشتري يخاف الوضيعة فيقول له البائع لا تأس قد حط الله عنك من ثمنه كذا، ثم إن المشتري باع بربح قال: لا تلزم الحطيطة. ابن رشد: صار السبب شرطاً لها فوجب بطلانها بارتفاع الشرط مثل ما في سماع يحيى في الذي أراد سفراً فينتظر صاحبه دينه فينظره ثم يبدو له عن السفر قال: تسقط النظرة. اللخمي: إن أجلت العارية بزمن أو انقضاء عمل لزمت إليه **(وإلا فالمعتاد)** هذه عبارة ابن الحاجب: وعن ابن القاسم: إن كان العارية ليبني ويسكن ولم يضرب أجلاً فليس له إخراجه حتى يبلغ ما يعار لمثله من الأمد. ابن يونس: وهذا صواب لأن العرف كالشرط. **(وله الإخراج في كبناء إن دفع ما أنفق وفيها أيضاً قيمته وهل خلاف أو قيمته إن لم يشتره أو إن طال أو إن اشتراه بغبن كثير تأويلات)** تقدم النقل عند قوله «وندب إعارة داره وله أن يرجع

وَإِنْ انْقَضَتْ مُدَّةُ الْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ: فَكَالْغَصْبِ، وَإِنْ ادَّعَاهَا الآخِذُ وَالْمَالِكُ: الْكِرَاءَ: فَالْقَوْلُ لَهُ؛ إِلاَّ أَنْ يَأْنَفَ مِثْلَهُ؛

للمعار الإخراج» فجعلهما قولين. وقال الشارحان الذي عبر عنه بـ«قيل» هو مذهب المدونة والمصنف جمع بينهما.

قلت: هو تابع في ذلك للمدونة ويبين لك ذلك بنصها قال: ومن أذنت له أن يبني في أرضك أو يغرس فلما فعل أردت إخراجه، فإن كان بقرب ذلك مما يرى أنه لا يشبه أن يعير إلى تلك المدة فليس لك إخراجه إلا أن تعطيه ما أنفق، فأنت ترى أنه جعلها لازمة إلى المدة ولكنه جعل للمعير الإخراج بشرط أن يعطيه ما أنفق فليس بين الكلامين خلاف. فإن قلت: فابن الحاجب جعله خلافاً وقال الشارحان: القول الأول لمطرف وغيره. قلت: هذا أيضاً صحيح، واتفق مطرف والمدونة على أنها لازمة ولكن مطرف يقول: ليس له الإخراج ولو أعطى بخلاف المدونة فكانا قولين بهذا الاعتبار انتهى كلامه. وما قاله رحمه الله ليس بظاهر فإنه إنما فرق في المدونة بين أن يطلبه بالقرب بعد ما يرى أنه أعار إلى مثله لأجل أنه ورطه حتى بنى، أما لو لم يبن أم كان المستعار مما لا يبنى فيه ولا يغرس كالثوب والدابة والعبد لأخذه صاحبه قرب الأمد أو بعد. قال في المدونة إثر الكلام المتقدم في كلام البساطي: وقال في باب بعد هذا: قيمة ما أنفق وإلا تركته إلى مثل ما يرى الناس أنك أعرته إلى مثله من الأمد. وإن أردت إخراجه بعد أمد يشبه أنك أعرته إلى مثله فلك أن تعطيه قيمة البناء والغرس مقلوعاً وإلا أمرته بقلعه إلا يكون مما لا قيمة له إذا قلع ولا نفع فيه من جص ونحوه فلا شيء للباني فيه، وكذلك لو ضربت لعاريته أجلاً فبلغه وليس لك إخراجه ها هنا قبل الأجل، وإن أعطيته قيمة ذلك قائماً. وكذلك لو لم يبن ولم يغرس حتى أردت إخراجه فليس لك ذلك قبل الأجل، ولو لم تضرب أجلاً كان ذلك لك انتهى. وقال ابن عرفة اللخمي: إن أجلت العارية بزمن أو انقضاء عمل لزمت إليه، وإن لم تؤجل كقولك أعرتك هذه الأرض أو الدابة أو الدار أو هذا العبد أو الثوب في صحة ردها ولو بقرب قبضها ولزوم قدر ما تعار له، ثالثها إن أعاره ليسكن ويبني فالثاني وإلا فالأول لابن القاسم فيها مع أشهب وغيرهما وابن القاسم في الدمياطية. انتهى والله أعلم. ص: **(إلا أن يأنف مثله عنه)** ش: قال ابن الحاجب: إلا أن

إن دفع ما أنفق أو قيمته» انظر هناك **(وإن انقضت مدة البناء والغرس فكالغصب)** من المدونة قال ابن القاسم: وإن أردت إخراجه بعد أمد يشبه أنك أعرته إلى مثله، فلك أن تعطيه قيمة البناء أو الغرس مقلوعاً. قال محمد: بعد طرح أجرة القلع وإلا أمرته بقلعه إلا أن يكون مما لا قيمة له ولا نفع فيه إذا قلع مثل الجص ونحوه فلا شيء للباني فيه، وكذلك لو ضربت لعاريته أجلاً يبلغه فليس لك ها هنا إخراجه قبل الأجل وإن أعطيته قيمة ذلك قائماً **(وإن ادعاها الآخذ والمالك الكراء فالقول له بيمين إلا أن يأنف مثله عنه)** من المدونة قال ابن القاسم: من ركب دابة رجل إلى بلد

كَزَائِدِ الْمَسَافَةِ إِنْ لَمْ يَزِدْ، وَإِلاَّ فَلِلْمُسْتَعِيرِ فِي نَفْيِ الضَّمَانِ وَالْكِرَاءِ، وَإِنْ بِرَسُولٍ مُخَالِفٍ كَدَعْوَاهُ رَدَّ مَا لَمْ يَضْمَنْ،

يكذبه العرف. ابن عبد السلام: واعلم أن المراد بقوله «ما لم يكذبه العرف» ليس هو إلا أن تكون عادة المالك أن يكري ما جرى بينهما النزاع فيه، بل مرادهم مع ذلك أن يكون شرفه يأبى الكراء من غيره ويأنف عن مثل هذا، ونحوه في التوضيح. ص: **(كدعواه رد ما لم يضمن)** ش: قال ابن رشد في أول سماع عيسى من كتاب الرواحل والدواب: الأشياء المقبوضة من أربابها على غير وجه الملك إن قبضت لمنفعة القابض خاصة كالعواري والرهون، فالقابض ضامن لما يغاب عليه إلا أن يقيم البينة على التلف ومصدّق فيما لا يغاب عليه أنه قد تلف مع يمينه إلا أن يتبين كذبه وإن قبضت لمنفعة أربابها خاصة كالبضائع والودائع فالقابض لها مصدق في دعوى التلف دون يمين إلا أن يتهم فيحلف، عيناً كان أو عرضاً أو حيواناً، وإن قبضت لمنفعتهما جميعاً كالقراض والشيء المستأجر فكذلك لأنه يعقب منفعة أربابها من جهة

وادعى أنه أعاره إياها وقال ربها بل اكتريتها مني، فالقول قول ربها. ابن يونس: لأنه ادعى عليه معروفاً. قال ابن القاسم: إلا أن يكون مثله ليس يكري الدواب لشرفه وقدره **(كزائد المسافة إن لم يزد)** من المدونة قال ابن القاسم: وجدت في مسائل عبد الرحيم أن مالكاً قال فيمن استعار دابة فركبها إلى موضعه فلما رجع زعم ربها أنه أعارها إياه إلى دون ما ركبها إليه أو إلى بلد آخر: فالقول قول المستعير إن ادعى ما يشبه مع يمينه. وكذلك في سماع ابن القاسم نصاً سواء قال فيه ابن القاسم: وذلك إذا ركب ورجع وإن لم يركب بعد فالمعير مصدق مع يمينه. وكمن أسكنته داراً أو أخدمته عبداً فبعد سنة قال: هو المدة سنة، وقلت أنت ستة أشهر، فهو مصدق عليك مع يمينه إلا أن يدعي عليك ما لا يشبه، ولو لم يقبض المسكن ولا العبد فأنت مصدق مع يمينك. ابن يونس: وهذا من قوله يريد أن القول قوله في رفع الضمان والكراء لأن مستعير الدار لو ثبت عداؤه بمجاوزة المدة التي استعارها إليها فانهدمت الدار بأمر من الله في تلك المدة لم يضمنها لأنه إنما تعدى على السكنى فلا يكون أسوأ حالاً من غاصب السكنى، فكيف بمن لم يثبت عداؤه؟ فإذا ثبت أنه لا يضمنها لم يبق إلا أن يكون القول قوله في السكنى ودفع الكراء **(وإلا فللمستعير في نفي الضمان والكراء)** تقدم قول ابن القاسم: إذا رد المستعير الدابة فالقول قوله. قال ابن يونس: والقول قوله في رفع الضمان والكراء **(وإن برسول مخالف)** لأشهب: من بعث رسولاً إلى رجل يعيره دابة إلى برقة فأعاره فركبها المستعير إلى برقة فعطبت فقال المعير إنما أعرته إلى فلسطين وقال الرسول بل إلى برقة، فشهادة الرسول ها هنا لا تجوز للمستعير ولا عليه لأنه إنما يشهد على فعل نفسه، ويحلف المستعير أنه ما استعارها منه إلا إلى برقة ويسقط عنه الضمان **(كدعواه رد ما لم يضمن)** مطرف: يصدق المستعير مع يمينه إذا ادعى رد ما لا يغاب عليه إلا إن كان قبضه ببينة فلا يصدق انتهى. وانظر إذا ادعى رد ما يغاب عليه فإنه لا يصدق ويكون القول قول المعير مع يمينه

وَإِنْ زَعَمَ أَنَّهُ مُرْسَلٌ لاسْتِعَارَةِ حُلِيٍّ وَتَلِفَ ضَمِنَهُ مُرْسِلُهُ؛ إِنْ صَدَّقَهُ، وَإِلاَّ حَلَفَ وَبَرِىءَ، ثُمَّ حَلَفَ الرَّسُولُ وَبَرِىءَ وَإِنْ اَعْتَرَفَ بِالْعَدَاءِ: ضَمِنَ الحُرُّ وَالْعَبْدُ فِي ذِمَّتِهِ؛ إِنْ عَتَقَ،

أنها ملك لمتاعه ولو شاء لم يدفعه، وما يصدق فيه في دعوى التلف من الوديعة والبضاعة والقراض والشيء المستأجر وما لا يغاب عليه من الرهون والعواري فالقول قوله في دعوى الرد مع يمينه إلا أن يكون قبضه ببينة. وقد روى أصبغ عن ابن القاسم في أول سماعه أن القول قول المستأجر في رد ما استأجره وإن قبضه ببينة، وكذلك يلزم في القراض والوديعة وما لا يصدق فيه في دعوى التلف مما يغاب عليه من العواري والرهون، فلا يكون القول فيه قوله في دعوى الرد وعليه إقامة البينة في ذلك إلا ما يدل عليه ما وقع في آخر رسم من سماع أبي زيد من الوديعة من أنه يصدق في رد الرهن إذا قبضه بغير بينة انتهى. وقال في سماع أبي زيد المذكور، في هذه المسألة دليل على أن القول قول المرتهن في رد الرهن إذا قبضه بغير بينة كالوديعة وذلك بعيد. ثم قال: ولعله إنما تكلم في هذه الرواية على الرهن الذي لا يغاب عليه يصدق المرتهن في رده إذا قبضه بغير بينة كما يصدق في تلفه كالوديعة انتهى. وقال في آخر رسم الرهون الثاني من المدونة من سماع عيسى من كتاب الرهون في شرح مسألة فيه: وهذا كما قال لأن ما لا يصدق في دعوى الضياع فيه من العواري والرهون التي يغاب عليها فلا يصدق في دعوى الرد فيه، سواء قبض ذلك ببينة أو بغير بينة. وهذا مما لا اختلاف فيه أحفظه في المذهب إلا ما وقع في آخر سماع أبي زيد من الوديعة فإن فيه دليلاً على أنه يصدق في دعوى الرهن إذا قبضه بغير بينة وهو بعيد، ولعله إنما تكلم على الرهن الذي لا يغاب عليه انتهى. وعلى هذا ففي كلام المصنف إشكال انظر المقدمات في كتاب الوديعة والتوضيح في كتاب الوديعة في شرح قوله: «وإن ادّعى الرهن قبل مطلقاً».

عند ابن القاسم، قال في كتاب محمد: وسواء أخذ ذلك ببينة أو بغير بينة. قال ابن رشد: من حق المستعير أن يشهد على المعير في رد العارية وإن كان دفعها إليه بلا إشهاد بخلاف الوديعة لأن العارية مضمونة بخلاف الوديعة (**وإن زعم أنه مرسل لاستعارة حلي وتلف ضمنه مرسله إن صدقه**) سمع يحيى ابن القاسم في الأمة والحرة تأتي قوماً لتستعير منهم حلياً لأهلها وتقول هم بعثوني فتلف، فإن صدقها أهلها فهم ضامنون وبرىء الرسول، وإن جحدوا حلفوا وبرئوا ويحلف الرسول لقد بعثوني ويبرأ، لأن هؤلاء قد صدقوه أنه مرسل. وإن أقر الرسول أنه تعدى وهو حر ضمن، وإن كان عبداً كان في ذمته إن عتق يوماً ما. ولا يلزم رقبته بإقراره. ولو قال الرسول أوصلت ذلك إلى من بعثني لم يكن عليه وعليهم إلا اليمين (**وإلا حلف وبرىء ثم حلف الرسول وبرىء**) تقدم قول ابن القاسم: إن جحد المرسل حلف وبرىء ويحلف الرسول لقد بعثني ويبرأ (**وإن اعترف بالعداء ضمن الحر والعبد في ذمته إن أعتق**) تقدم قول ابن القاسم: إن أقر الرسول

وَإِنْ قَالَ أَوصَلْتُهُ لَهُمْ: فَعَلَيْهِ وَعَلَيْهِمُ الْيَمِينُ. وَمُؤْنَةُ أَخْذِهَا عَلَى الْمُسْتَعِيرِ: كَرَدِّهَا عَلَى الأَظْهَرِ، وَفِي عَلَفِ الدَّابَّةِ: قَوْلاَنِ.

مسألة: من استعار دابة ليحمل عليها شيئاً فوكل من يحمله عليها أو حمله عليها شريكه، لم يضمن هو ولا شريكه بخلاف لو تعدى أجنبي وحمل عليها ما استعيرت له، فإن الأجنبي يضمن، قاله في كتاب الشركة من المدونة وقال أبو الحسن: قال ابن حبيب: ومن استعار دابة لركوب أو حمل ثم ردّها مع عبده أو غلامه فعطبت أو ضلت فلا يضمن لأن شأن الناس على هذا وإن لم يعلم ضياعها إلا بقول الرسول وهو مأمون أو غير مأمون ذلك سواء فلا يضمن. ص: **(فعليه وعليهم اليمين)** ش: قال في رسم البراءة من سماع عيسى من العارية: ولو زعم الرسول أنه قد أوصله إلى الذين بعثوه وجحدوه لم يكن عليهم ولا عليه إلا اليمين ويبرؤون انتهى. وقوله: «وجحدوه» الظاهر أن مراده جحدوا الإرسال ولو أقروا به ضمنوا والله أعلم. ص: **(ومؤنة أخذها على المستعير كردّها على الأظهر)** ش: تصوره ظاهر وتقدم في الإقالة الكلام على حمل السلعة المقال منها والله أعلم.

أنه تعدى وهو حر ضمن، وإن كان عبداً كان في ذمته إن عتق **(وإن قال أوصلته لهم فعليه وعليهم اليمين)** تقدم قول ابن القاسم: لو قال أوصلت ذلك إلى من بعثني لم يكن عليه وعليهم إلا اليمين **(ومؤنة أخذها على المستعير كردّها على الأظهر)** ابن رشد: أجرة حمل العارية على المستعير واختلف في أجرة ردها، فقيل على المستعير وهو الأظهر **(وفي علف الدابة قولان)** جميع ما نقل في الاستغناء ما نصه قال بعض أصحابنا: من استعار دابة أو شيئاً له نفقة فذلك على صاحبها وليس على المستعير من ذلك شيء، لأنه لو كان على المستعير لكان كراء ويكون العلف في الغلاء أكثر من الكراء ويخرج من عارية إلى كراء. وبعض المفتيين: إلا في الليلة والليلتين فذلك على المستعير. وقيل أيضاً في الليلة والليلتين على ربها، وأما في المدة الطويلة والسفر البعيد فعلى المستعير كنفقة العبد المخدم وكأنه أقيس والله أعلم اهـ. فانظر قوله «كنفقة العبد المخدم» ولم يذكر ابن عرفة علف الدابة وذكر نفقة المخدم. قال في المدونة: إنه على المخدم ورُوي بفتح الدال وبكسرها. وفي المدونة: لا يؤدي الرجل زكاة الفطر إلا على من يحكم عليه بنفقته قال: وزكاة فطر المخدم على سيده. وانظر ذكر ابن يونس في هذا الباب العمرى والرقبى والإخدام ومن بنى أو غرس بأرض قوم فلم ينكروا عليه. وانظر ابن عرفة إذا سقط ضمان الدابة والعبد هل يضمن كسوة العبد وسرج الدابة ولجامها لكون ذلك مما يغلب عليه؟ وأن من استعار بازاً للصيد صدق في دعواه أنه طار أو سرق. وانظر في ابن عرفة أيضاً هل ضمان ما يضمن من العارية يوم ضاعت أو يوم العارية؟ وكيف لو ضاعت قبل أن يستعملها فيما استعارها له وهي قد تنقص بسبب ما استعارها إليه كما لو أهلكها المعير قبل قبضها المستعير أو أولد أمة بعد أن أخدمها رجلاً سمح له في طريق ثم بدا له، أو غرس على مائه وهو ساكت ثم أراد قطعه استعار دابة فردها مع عبده أو غيره فضلت. ابن شاس.

باب الغصب

باب الغصب

قال في الذخيرة: الغصب لغة قال الجوهري: أخذ الشيء ظلماً، غصبه منه وغلبه سواء، والاغتصاب مثله انتهى. ثم قال صاحب المقدمات: التعدي على رقاب الأموال سبعة أقسام لكل قسم منها حكم يخصه وهي كلها مجمع على تحريمها وهي: الحرابة والغصب والاختلاس والسرقة والخيانة والإدلال والجحد انتهى.

فوائد: قال عليه السلام في خطبة ثاني النحر «إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا» فورد سؤال وهو أن المشبه يجب أن يكون أخفض من المشبه به وهو هنا منحط عنه في نظر الشرع بكثير. وجوابه أن التشبيه وقع بحسب اعتقادهم فإنهم كانوا يعظمون البلد والشهر ويحتقرون الأمور المذكورة. انتهى بالمعنى من الذخيرة ومنها أيضاً في أدلة الغصب قوله ﷺ: «من غصب شبراً من أرض طوقه من سبع أرضين»[1] متفق عليه.

فائدة: قال العلماء: لم يرد في السمعيات ما يدل على تعدد الأرضين إلا قوله تعالى: ﴿الله الذي خلق سبع سموات ومن الأرض مثلهن﴾ [الطلاق: ١٢] وهذا الحديث وقيل: المثلية في العظم لا في العدد فلا دلالة.

فائدة: قال البغوي قبل طوقه أي كلف حمله يوم القيامة لا طوق التقليد. وقيل: تخسف الأرض به فتصير البقعة المغصوبة في حلقه كالطوق قال: وهذا أصح لما في البخاري قال رسول الله ﷺ: «من أخذ من الأرض شبراً بغير حقه خسف به يوم القيامة إلى سبع أرضين»[1] انتهى. وحديث البخاري هذا دليل أيضاً على تعدد الأرضين. وقوله: «وقيل المثلية في العظم» يظهر لي أنه ولو قيل به ففيه أيضاً دليل على التعدد والله أعلم. ومنها أيضاً قال

كتاب الغصب

وفيه بابان: الأول في الضمان وفيه ثلاثة أركان: الأول الموجب والموجب فيه والواجب. الباب الثاني في الطوارىء على المغصوب من نقصان أو زيادة أو تصرف والفرق بين الغاصب والمتعدي. وقال ابن رشد: التعدي على رقاب الأموال ينقسم سبعة أقسام، لكل قسم منها حكم يختص به. وذلك كله يحرم بالكتاب والسنة وإجماع الأمة وهي أخذ الأموال على وجه الغصب من غير حرابة، أو على وجه الاختلاس، أو على وجه السرقة، أو على وجه الخيانة، أو على وجه الإدلال، أو على

---

(١) رواه مسلم في كتاب المساقاة حديث ١٣٧، ١٤١.

الْغَصْبُ؛ أَخْذُ مالٍ، قَهراً، تَعَدِّياً، بِلاَ حِرَابَةٍ.

رسول الله ﷺ «من أحيا أرضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق»[1] يروى بالتنوين في عرق على النعت، وبعدمه على الإضافة. وفي النكت: عرق الظالم ما يحدثه في المغصوب. قال ابن شعبان: العروق أربعة: ظاهران البناء والغرس، وباطنان في الأرض الآبار والعيون. انتهى. ص: **(أخذ المال قهراً تعدياً حرابة)** ش: هذا الرسم نحو رسم ابن الحاجب وهو متعقب من وجهين: الأول: أن فيه التركيب في قوله «بلا حرابة» لأنه يتوقف على معرفة حقيقة الحرابة، والتركيب هو توقف معرفة الحدود على معرفة حقيقة أخرى ليست أعم منه ولا أخص من أعمه. وقد اعترض به ابن عرفة على ابن الحاجب وأصله لابن عبد السلام ولم يعزه ابن عرفة له. الثاني: أنه غير مانع لأنه يدخل فيه أخذه المنافع كسكنى ربع وحرثه وليس غصباً بل تعدياً، وهذا لابن عرفة أيضاً. وحده بقوله: الغصب أخذ مال غير منفعة ظلماً قهراً لا بخوف قتال، فيخرج أخذه غيلة إذ لا قهر فيه لأنه بموت مالكه وحرابته انتهى. وفي التنبيهات: الغصب في لسان العرب منطلق على أخذ كل ملك بغير رضا صاحبه من شخص أو مال أو منافع، وكذلك التعدي سراً أو جهراً أو اختلاساً أو سرقة أو جناية أو قهراً، غير أن الغصب استعمل في عرف الفقهاء في أخذ أعيان المتملكات بغير رضا أربابها وغير ما يجب على وجه القهر والغلبة من ذي سلطان وقوة، واستعمل المتعدي عرفاً في التعدي على عينها أو منافعها، سواء كان للمتعدي في ذلك يد بيد أربابها أو لم يكن كالقراض والودائع والإجارة والصنائع والبضائع والعواري. وفرق الفقهاء بين الغصب والتعدي في وجوه منها: أن الغاصب ضامن للسلعة يوم الغصب لأنه يوم وضع يده عليها بالتعدي والمتعدي يوم التعدي والغاصب يضمن الفساد اليسير، والمتعدي لا يضمن إلا الكثير، وعلى المتعدي كراء ما تعدى عليه وأجرته بكل حال

وجه الجحد والاقتطاع **(الغصب أخذ مال قهراً تعدياً بلا حرابة)** ابن الحاجب: الغصب أخذ المال عدواناً قهراً من غير حرابة. ابن عرفة: يبطل طرده بأخذ المنافع. كذلك كسكنى ربع وحرث وليس ذلك غصباً بل تعدياً، وإنما الغصب أخذ مال غير منفعة ظلماً قهراً لا بخوف وقتال، فخرج أخذه غيلة إذ لا قهر فيه لأنه بموت مالكه وحرابته. وقال المازري: أحسن ما قيل إن من قصد إلى التعدي على منفعة الشيء كعبد يستخدمه وثوب يلبسه ولم يقصد إلى الاستيلاء على رقبة العين والثوب ولا الحيلولة بينها وبين ربها في التصرف في ملكه على حسب ما يتصرف به المالك في الرقاب، فإن هذا يسمى تعدياً، وكذلك إذا أتلف بعض أجزاء الشيء قاصداً ذلك البعض معرضاً عن الاستيلاء على

---

(١) رواه البخاري في كتاب الحرث باب ١٥. أبو داود في كتاب الإمارة باب ٣٧. الدارمي في كتاب البيوع باب ٦٥. الموطأ في كتاب الأقضية حديث ٢٦، ٢٧. أحمد في مسنده (٣/٣٠٤، ٣١٣، ٣٢٧، ٣٢٨، ٣٥٦، ٣٨١).

وَأُدِّبَ مُمَيِّزٌ

عند مالك. وقال في الغاصب: لا كراء عليه. وفي كثير من هذه الأصول اختلاف من أصحابنا معلوم انتهى. ويؤخذ منه أن من تعدى على دابة وديعة وركبها فعليه أجرتها فتأمله. وقال في الذخيرة: قال بعضهم: الغصب رفع اليد المستحقة ووضع اليد العادية قهراً. وقيل: وضع اليد العادية قهراً. وينبني على التعريفين أن الغاصب من الغاصب غاصب على الثاني دون الأول لكونه لم يرفع اليد المستحقة انتهى. وقال ابن عرفة: التعدي قال المازري: هو غير الغصب. وأحسن ما ميز به عنه أن التعدي الانتفاع بملك الغير بغير حق دون قصد الرقبة أو إتلافه أو بعضه دون قصد تملكه. قلت: وحاصل مسائل التعدي الانتفاع بمال الغير دون حق فيه خطؤه كعمده أو التصرف فيه بغير إذنه أو إذن قاض أو من يقوم مقامه لفقدهما، فيدخل تعدي المقارض وسائر الأجراء والأجانب. ص: **(وأدب مميز)** ش: قال ابن الحاجب: ويؤخذ بحق المغصوب من مال الصبي المميز ويؤدب، انتهى. قال في التوضيح: ولا خلاف في تأديب البالغ. وأما غير البالغ فقال ابن عبد السلام: ما ذكره المؤلف هو ظاهر المذهب للمتقدمين. وفي المقدمات: لا يؤدب من لم يبلغ الحلم لقوله عليه السلام «رفع القلم عن ثلاث»[1] وقيل: يؤدّب كما يؤدّب في المكتب انتهى. وقال في المقدمات: ويجتمع في الغصب حق الله وحق المغصوب منه فيجب على الغاصب لحق لله تعالى الأدب والسجن على قدر اجتهاد الحاكم ليتناهى الناس عن حرمات الله، ولا يسقط ذلك عنه عفو المغصوب منه انتهى. ونقله في التوضيح. ونقله ابن ناجي في شرح الرسالة وقال عقيبه: وما ذكره خالفه فيه المتيطي فقال: لا يؤدّب إن عفا عنه المغصوب منه. انتهى فتأمله والله أعلم.

تنبيه: قال ابن عرفة: والغصب بين الكافرين كالغصب بين المسلمين. ابن شعبان: وكذا بين الزوجين وبين الوالدوولده، وفي اغتصاب الوالد من ولده خلاف وبهذا أقول انتهى. ونحوه في المقدمات. ويستوي في حكمه الأحرار البالغون من أهل الذمة والمسلمين القرابة والأجنبيين إلا الوالد من ولده والجد للأب من حفيده، فقيل لا يحكم لهم بحكم الغاصب الأجنبي لقوله

ما سواه من أجزاء الشيء كرجل قطع يد عبد رجل أو قطع من ثوبه بعضه. وقال ابن يونس: القضاء أن المتعدي يفارق الغاصب في جنايته لأن المتعدي إنما جنى على بعض السلعة، والغاصب كان غاصباً لجميعها فضمنها يومئذ بالغصب **(وأدب مميز)** ابن رشد: يجب على الغاصب لحق الله الأدب والسجن على قدر اجتهاد الإمام ليتناهى الناس عن حرمات الله إلا أن يكون صغيراً لم يبلغ الحلم فإن الأدب

---

(١) رواه البخاري في كتاب الحدود باب ٢٢. أبو داود في كتاب الحدود باب ١٧. الترمذي في كتاب الحدود باب ١. ابن ماجة في كتاب الطلاق باب ١٥. الدارمي في كتاب الحدود باب ١. أحمد في مسنده (٦/١٠٠، ١٠١، ١٤٤).

كَمُدَّعِيهِ عَلَى صَالِحٍ، وَفِي حَلفِ الْمَجْهُولِ: قَوْلاَنِ.

عليه السلام «أنت ومالك لأبيك»[١] انتهى قال البرزلي إثر نقله قول ابن شعبان: وبهذا أقول قلت: هو الذي ارتضاه الباجي في سنن الصالحين وروى فيه حديثاً وإشعاراً لقوله عليه السلام: «أنت ومالك لأبيك» وقوله عليه السلام «خير ما يملكه الإنسان من كسبه وولده من كسبه»[٢] وظاهر قول مالك أنه لا يجوز له القدوم عليه ابتداء إلا من ضرورة، فإن فعل فلا يطلب منه ما يطلب من الأجانب من القطع والأيمان عند الإنكار والقتل في باب التغليظ إلى غير ذلك، وحكم الجد جارٍ على إلحاقه بالأب، وفي المذهب مسائل تشهد للقولين. انتهى من أول مسائل الغصب والله أعلم. ص: **(كمدعيه على صالح وفي حلف المجهول قولان)** ش: قال في كتاب الغصب منها: ومن ادّعى على رجل غصباً وهو ممن لا يتهم بهذا عوقب المدعي، وإن كان متهماً نظر فيه الإمام وأحلفه، فإن نكل لم يقض عليه حتى يرد اليمين على المدعي كسائر الحقوق انتهى. قال أبو الحسن الصغير: قال ابن يونس: الناس في هذا على ثلاثة أوجه: فإن كان المدعى عليه الغصب ممن يليق به ذلك هدد وسجن، فإن لم يخرج شيئاً حلف، وفائدة تهديده لعله يخرج عين ما غصب إذا كان يعرف عينه، وأما ما لا يعرف فلا فائدة في تهديده إذ لو أخرج بالتهديد ما لا يعرف بعينه لم يؤخذ منه حتى يقر آمناً، وإن كان من وسط الناس لا يليق به سرقة لم يلزمه يمين ولا يلزم راميه بذلك شيء. وإن كان من أهل الدين والخير لزم القائل بطلك الأدب. وقال في آخر كتاب السرقة من النكت: قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا: المتهم بالسرقة على ثلاثة أوجه: فمبرز بالعدالة والفضل لا شيء عليه ويؤدّب له المدعى عليه، ومتهم معروف بهذا فيحلف ويهدد ويسجن على قدر ما يرى الحاكم فيه من الاجتهاد، ورجل متوسط الحال بين هذين يكون عليه اليمين انتهى. وقال اللخمي في تبصرته: ومن ادّعى عليه الغصب كان الحكم في تعلق اليمين والعقوبة راجعاً إلى حال المدعى عليه، فإن كان معروفاً بالخير والصلاح عوقب المدعي، وإن لم يكن معروفاً بذلك وأشكل حاله لم يعاقب

يسقط عنه لحديث «رفع القلم عن ثلاث». وقيل: إن الإمام يؤدّبه كما يؤدّب الصبي في المكتب، وأخذ بحق المغصوب منه وإن كان صبياً لا يعقل فقيل: إن ما أصابه هدر كالبهيمة العجماء. انظر عند قوله. **(كمدعيه على صالح)** من المدونة قال ابن القاسم: من ادعى على رجل غصباً وهو ممن لا يتهم بذلك عوقب المدعي، وإن كان متهماً بذلك نظر فيه الإمام وأحلفه، فإن نكل لم يقض عليه حتى يرد اليمين على المدعي كسائر الحقوق **(وفي حلف المجهول قولان)** الذي لابن يونس: المتهم يحلف والذي هو من أوساط الناس لا يحلف ولا يؤدّب راميه والخير يلزم راميه الأدب، وأشهب يقول: لا

---

(١) رواه ابن ماجة في كتاب التجارات باب ٦٤. أحمد في مسنده (٢/١٧٩، ٢٠٤، ٢١٤).

(٢) رواه النسائي في كتاب البيوع باب ١. ابن ماجة في كتاب التجارات باب ١. الدارمي في كتاب البيوع باب ٦. أحمد في مسنده (٦/٣١، ٤٢، ١٢٧، ١٩٣، ٢٢٠).

المدعي ولم يحلف المدعى عليه، وإن كان ممن يشبه ذلك وليس معروفاً به حلف ولم يعاقب المدعي، وإن نكل حلف المدعي واستحق، وإن كان معروفاً بالتعدي والغصب حلف وضرب وسجن، فإن تمادى على الجحود ترك، واختلف إذا اعترف بعد التهديد على ثلاثة أقوال: فقيل لا يؤخذ بإقراره عين المدعى فيه أو لم يعينه لأنه مكره. وقيل: إن عين أخذ به وإن لم يعين لم يؤخذ بإقراره. وقال سحنون: يؤخذ بإقراره عين المدعى فيه أو لم يعينه. قال ولا يعرف ذلك إلا من ابتلي به يريد القضاة وما شابههم يقول إن ذلك الإكراه كان بوجه جائز وإن كان من الحق عقوبته وسجنه لما عرف من حاله أخذ بإقراره، وإنما الإقرار الذي لا يؤخذ به ما كان ظلماً أن يهدد ويضرب من لا يجوز فعل ذلك به، وقد أجمع الناس على من أسلم بعد القتال والسيف أنه مسلم كالطائع بغير إكراه لأنه إكراه بحق. ولو أكره ذمي على الإسلام لم يكن إسلامه إسلاماً إن رجع عنه وإن ادعى أن ذلك كان للإكراه، لأن الذمة التي عقدت لهم تمنع من إكراههم، فإكراههم على ذلك ظلم. انتهى. وفي الفصل الثالث من القسم الثالث من تبصرة ابن فرحون في الدعاوى بالتهم والعدوان ما نصه: إذا كان المدعى عليه بذلك ليس من أهل تلك التهمة، فهذا النوع لا تجوز عقوبته اتفاقاً، واختلف في عقوبة المتهم على قولين، والصحيح منها أنه يعاقب. ثم قال في آخر الفصل: قال الباجي، وإذا كان المدعى عليه مجهول الحال فظاهر ما في المذهب يقتضي أن الأدب على المدعى عليه وعليه اليمين. وفي الواضحة ما يقتضي أنه يخلى سبيله دون يمين، وقد أطال رحمه الله في هذا الفصل الكلام. فقوله المؤلف: «وفي حلف المجهول قولان» يشير إلى كلام ابن يونس المتقدم وكلام الباجي الذي نقله ابن فرحون، وانظر ما ذكره البساطي رحمه الله والله أعلم.

فرع: قال في ثاني مسألة من سماع يحيى من كتاب الغصب فيمن عرف بالغصب لأموال الناس فسئل صاحب الحق البينة على أنه غصبه ما يدعيه فلا يجدها على حضور الغصب ومعاينته لكنهم إنما كانوا يعرفون الحق للمدعي إلى أن صار بيد الظالم لا يدرون كيف صار إليه إلا أن صاحب الحق كان يشكو إليهم أنه غصبه أو سمعوا ذلك من جيرانهم أو لا يذكرون شيئاً: إن ذلك يوجب للمدعي أخذ حقه إلا أن يأتي الظالم ببينة على اشتراء صحيح أو عطية ممن كان يأمن ظلمه أو يأتي بوجه حق ينظر فيه، فإن جاء بالبينة على أنه اشترى فزعم البائع أن ذلك البيع كان خوفاً من شره وهو ممن يقدر على العقوبة إن امتنع من مبايعته قال: أرى أن يفسخ ذلك البيع إذا ثبت أن المشتري موصوف بما زعم البائع من استطالته وظلمه وأنه قد عمل ذلك بغيره.

قلت: فإن زعم البائع أنه إنما دفع إليه الثمن في العلانية ثم دس إليه من يأخذه منه سراً ولو لم يفعل ذلك لقي منه شراً قال: لا أرى أن يقبل قوله، وعليه دفع الثمن بعد أن يحلف الظالم بالله لقد دفع إليه الثمن ثم لم يرتجعه ولم يأخذه منه بعد دفعه إليه. قال ابن رشد: أما ما

وَضَمِنَ بِالاسْتِيلاَءِ؛ وَإِلاَّ فَتَرَدُّدٌ: كَأَنْ مَاتَ، أَوْ قُتِلَ عَبْدٌ قِصَاصاً، أَوْ رَكِبَ، أَوْ ذَبَحَ،

ذكره من أن الظالم المعروف بالغصب لا ينتفع بالحيازة وإن طالت فلا أعلم فيه خلافاً، وأما إن ثبت الشراء ودفع الثمن فادعى البائع أنه أخذه منه في السر فهو مدع فوجب أن يكون القول قول الغاصب. وقد رُوي عن يحيى أن المشتري إذا عرف بالعداء والظلم أن القول قول البائع مع يمينه. وقاله ابن القاسم. وقع ذلك في بعض الروايات وهو إغراق إذا أقر أنه دفع إليه الثمن ثم ادعى أنه أخذه منه، وأما لو لم يقر بقبض الثمن، وقال إنما أشهدت له على نفسي بقبضه تقية على نفسي لأشبه أن يصدق في ذلك مع يمينه في المعروف بالغصب، وإنما يكون قول يحيى من تصديق البائع فيما ادعى من أنه دس إليه من أخذ منه الثمن في السر إذا شهد له أنه قد فعل ذلك بغيره وبالله التوفيق انتهى. **ص: (وضمن بالاستيلاء) ش:** تصوره واضح، سئلت عن رجل غصب بعيراً أو سرقه ثم إنه ضل منه فجعل جعلاً لمن يأتيه به، فأتاه به شخص فأخذه وغاب، فهل لرب الجمل مطالبة الذي أتى بالجمل بعد هروبه أم لا؟ فأجبت بأنه إن كان عالماً بأنه غصبه أو سرقه فإنه ضامن وإن لم يعلم بذلك فلا ضمان عليه أخذاً من مسألة الوكيل يتعدى ويوكل غيره، فحيث لا يجوز له فقد ذكر ابن رشد في نوازله هذا التفصيل والله أعلم. **ص: (أو ذبح شاة) ش:** قال ابن الحاجب: وإذا ذبح الشاة ضمن قيمتها. وقال محمد: إذا لم يشوها فلربها أخذها مع أرشها. قال ابن عبد السلام: ظاهره أنه ليس له في القول الأول إلا قيمتها وبعد ذبحها أفاته مطلقاً، وهو ظاهر ما حكاه غيره. وقال بعضهم

أدب على مدع. **(وضمن بالاستيلاء)** ابن عرفة: مجر الاستيلاء هو حقيقة الغصب يوجب الضمان. وقال أيضاً: مجرد حصول المغصوب في حوز الغاصب يوجب ضمانه بسماوي أو بجناية غيره عليه. وقال ابن يونس: يضمنه يوم الغصب. وإن هلك من ساعته بأمر من الله أو بجنايته أو جناية غيره أو كانت داراً فانهدمت قال مالك: من غصب عبداً فمات من وقته بغير سببه ضمنه. وقال ابن القاسم فيمن غصب داراً فلم يسكنها حتى انهدمت: غرم قيمتها. ابن عبدوس: وقاله أشهب وذلك كله في العروض وغيرها **(وإلا فتردد)** ابن عرفة: حاصل كلام ابن الحاجب وشارحه أن غير العقار لا يتقرر فيه الضمان بمجرد الاستيلاء وليس المذهب كذلك. انظره أنت **(كأن مات أو قتل عبد قصاصاً)** من المدوّنة: ما مات من الحيوان أو انهدم من الربع بيد غاصبه بقرب الغصب أو بغير قربه بغير سبب الغاصب فإنه يضمن قيمته يوم الغصب. ابن عرفة: وموت المغصوب بحق قصاص أو حرابة كموته **(أو ركب)** ابن شاس: من موجبات الضمان إثبات اليد في المنقول بالنقل إلا في الدابة فيكفي فيها الركوب. ابن عرفة: مجرد الاستيلاء هو حقيقة الغصب. لو غصب أمة كانت ببقعة أو غيرها من المتملكات فاستولى عليها بالتمكن من التصرف فيها دون ربها ضمنها. وقول ابن الحاجب «يكفي الركوب في الضمان» يقتضي نفيه إن لم يكن إلا وضع اليد وحده وليس كذلك. انظره فيه **(أو ذبح)** الجلاب: من غصب شاة فذبحها ضمن قيمتها وكان له أكلها. وسمع يحيى ابن القاسم: من ذبح

أَوْ جَحَدَ وَدِيعَةً، أَوْ أَكَلَ بِلاَ عِلْم،

عن ابن القاسم: إن ربها مخير بين أخذ قيمتها أو أخذها بعينها على ما هي عليه من غير زيادة انتهى. وقال ابن عرفة: الجلاب: من غصب شاة فذبحها ضمن قيمتها وكان له أكلها. وقال محمد بن مسلمة: لربها أخذها ويضمن الغاصب ما بين قيمتها مذبوحة وحية، ثم ذكر كلام ابن الحاجب وابن عبد السلام ثم قال: ما ذكره من أن ذبحها فوت يوجب قيمتها لا أعرفه في الذبح نصاً بل تخريجاً مما حكاه المازري فيمن طحن القمح ثم ذكره ثم قال: وقوله: «قال بعضهم عن ابن القاسم إن ربها مخير» ظاهره أنه لم يقف عليه نصاً لابن القاسم. وفي رسم الصبرة وذكر فيه عن ابن القاسم أنه يخير ثم قال: قبله ابن رشد ولم يزد شيئاً ولا ذكر في أن لربها أخذها مذبوحة خلافاً انتهى. وما ذكره ابن عرفة صحيح فقد شرح التلمساني كلام الجلاب المتقدم بأن ربها مخير، وذكر ابن رشد في أجوبته في أوائل كتاب الجامع في المسألة التي تكلم فيها على معاملة من ماله حرام أو بعضه، أن رب الشاة مخير ولم يذكر في ذلك خلافاً، وذكر أنه لا يجوز شراؤها من الغاصب. وحصل هناك قاعدة وهي: إن ما فات عند الغاصب ولم يكن لربه أخذه بلا خلاف فهذا يكره له شراؤه، وما كان في فواته خلاف، والقول بعدم الفوات ضعيف فيكره وتشتد الكراهة. وما كان في فوته خلاف قوي فلا يجوز شراؤه، وكذا ما كان ربه مخيراً في أخذه لا يجوز شراؤه انتهى. ونقل ذلك البرزلي في

لرجل شاة فيلزمه غرم قيمتها لا يجوز لربها أن يأخذ فيها شيئاً من الحيوان الذي لا يجوز أن يباع بلحمها، لأن رب الشاة ما لم يفت لحمها مخير في أخذها مذبوحة وفي أخذ قيمتها حية، فيدخله بيع اللحم بالحيوان، فإن فات لحمها فلا بأس بذلك. ابن عرفة: وقبل ابن رشد هذا ولم يذكر خلافاً في أن لربها أخذها مذبوحة. انظر إن كان الغاصب مستغرق الذمة فقد تقدّم أن للغريم أخذ عين ماله إلا إن طحنت الحنطة أو ذبح كبشه، فغرماء الغاصب يكونون فيه أسوة. وانظر في البيوع قبل قوله: «فلا يجوز إن بطعام إلى أجل» **(أو جحد وديعة)** ابن شاس: جحد الوديعة من مالكها بعد المطالبة والتمكن من الرد موجب لضمانها بخلاف جحدها من غيره **(أو أكل بلا علم)** من المدوّنة قال مالك: من غصب طعاماً أو إداماً أو ثياباً ثم وهب ذلك لرجل فأكل الطعام والإدام ولبس الثياب حتى أبلاها ولم يعلم بالغصب ثم استحق ذلك رجل، فليرجع بذلك على الواهب إن كان ملياً، وإن كان عديماً أو لم يقدر عليه رجع بذلك على الموهوب ثم لا يرجع الموهوب على الواهب بشيء. ابن المواز: وقال أشهب: يتبع أيهما شاء كما قال مالك في المشتري يأكل الطعام أو يلبس الثياب إن للمستحق أن يتبع أيهما شاء ويبتدىء بأيهما شاء. قال ابن القاسم في المجموعة: وإن كان الواهب غير غاصب لم يتبع إلا الموهوب المنتفع. ابن يونس: وهذا خلاف ماله في مكري الأرض يحابي في كرائها ثم يطرأ له أخ يشركه وقد علم به أو لم يعلم، فإنما يرجع بالمحاباة على أخيه إن كان ملياً، فإن لم يكن له مال رجع على المكتري، فقد ساوى في هذا بين المتعدّي وغيره، وهذا أصله في المدونة أنه يرجع

أَوْ أَكْرَهَ غَيْرَهُ عَلَى التَّلَفِ، أَوْ حَفَرَ بِئْراً تَعَدِّياً.

مسائل الغصب، وكلام ابن ناجي في شرح كتاب الاستحقاق من المدونة يقتضي أنه لم يقف على كلام ابن رشد، وكذلك ابن عرفة والله أعلم. ص: **(أو أكره غيره على التلف) ش:** انظر نوازل سحنون من كتاب الغصب، وسماع ابن القاسم في رسم حمل صبياً من كتاب الأيمان بالطلاق، وكتاب الإكراه في النوادر، وكلام القرافي في شرح المحصول، وكلام ابن يونس في أوائل الوديعة. وقال في المسائل الملقوطة. العمد والخطأ والإكراه في أموال الناس سواء يجب ضمانها وهو من خطاب الوضع ولا يشترط فيه التكليف والعلم، فلا فرق في الإتلاف بين الصغير والكبير، والجاهل والعامد، ولا يلتفت للضرب والحبس وغير ذلك من أنواع التهديد والإكراه في مال نفسه ينفعه الرجوع فيه انتهى. وقال النووي: اتفق العلماء على

أولاً على الواهب إلا أن يعدم فيرجع على الموهوب إلا أن يكون عالماً بالغصب فهو كالغاصب في جميع أموره ويرجع على أيهما شاء. ابن يونس: وقول أشهب أقيس ولا يكون الموهوب أحسن حالاً من المشتري وبه أقول. انظر توجيهه قول ابن القاسم. وللمازري: إذا كان المبيع غير المغصوب فمشتريه كغاصبه، وأما إن لم يكن غير المغصوب ففيه خلاف لأن هذا لا يستحق منه ما اشترى، فإن أراد إبراء ذمته والاحتياط بنفسه فليفعل بقيمة ما اشترى ما يحب لأنه لو تمكن من ذلك إمام عادل لتصدق بقيمته ولم يفعل غيره، ويبقى النظر في لحم الشاة المغصوبة هل تفوت بالذبح؟ قال ابن يونس: لا تفوت به. وحكى ابن عرفة الخلاف في ذلك عن ابن رشد. البرزلي: ويؤخذ ذلك من رد الشاة إذا وجد جوفها أخضر بعد ذبحها مع ما نقصها، هل هو من بيع اللحم بالحيوان المازري: وأما إذا طبخ فقد فات. البرزلي: هذا إن طبخ بأبزار **(أو أكره غيره على التلف)** سئل سحنون في نوازله عن رجل من العمال أكره رجلاً أن يدخل بيت رجل يخرج منه متاعاً يدفعه إليه فأخرجه له ودفعه إليه ثم عزل ذلك العامل الغاصب، فللمغصوب منه طلب ماله ممن شاء منهما، فإن أخذه من المباشر فله الرجوع به على من أكرهه، ولهذا المباشر أن يطلب العامل إذا كان المغصوب منه غائباً لأنه يقول أنا المأخوذ به إذا جاء صاحبه. ابن رشد: في هذا انظر، ومقتضى النظر أنه يوقف لصاحبه ولا يمكن منه هذا المباشر. ابن عرفة: الأظهر تمكينه منه. ولسحنون أيضاً: من أكره على رمي مال رجل في مهلكة ففعل ذلك بإذن ربه من غير إكراه فلا شيء عليه ولا على من أكرهه، وإن أكره ربه على الإذن فالفاعل ضامن، فإن كان عديماً فالضمان على الذي أكرهه ولا رجوع له على الفاعل إذا أيسر. ابن عرفة: مفهوم قوله إن كان عديماً أنه لا غرم على الآمر المكره وهو خلاف قوله في نوازله. ويفرق بينهما أن المال المكره على أخذه قبضه الآمر المكره في مسألته الأولى فناسب كونه أحد الغريمين على السوية. راجع ابن عرفة **(أو حفر بئر تعدياً)** ابن عرفة: فيها مع غيرها: من حفر بئراً أو غيرها حيث لا يجوز له أو حيث يجوز له لما لا يجوز له ضمن مالك بذلك ونصها: قال مالك: من حفر هلك بئراً في دار رجل بغير إذنه فعطب فيه إنسان ضمنه الحافر، وإذا حفر بئراً في داره أو جعل حبالة ليعطب بها سارقاً فعطب بها السارق أو غيره فهو ضامن لذلك. قال أشهب: لأنه احتفره لما لا يجب. قال مالك: وإن جعل على

وَقُدِّمَ عَلَيْهِ الْمُرْدِي؛ إِلاَّ لِمُعَيَّنٍ فَسِيَّانِ، أَوْ فَتَحَ قَيْدَ عَبْدٍ لِئَلاَّ يَأْبَقَ أَوْ عَلَى غَيْرِ عَاقِلٍ؛ إِلاَّ بِمُصَاحَبَةِ رَبِّهِ، أَوْ حِرْزاً لِمِثْلِيٍّ، وَلَوْ بِغَلاَءٍ بِمِثْلِهِ

أنه لو جاء ظالم يطلب إنساناً مختفياً ليقتله أو يطلب وديعة لإنسان ليأخذها غصباً فسأل عن ذلك وجب على من علم ذلك إخفاؤه وإنكار العلم به انتهى وذكر ابن ناجي في باب جمل من الفرائض أن الكذب الواجب هو الذي لإنقاذ مسلم أو ماله انتهى. ص: **(المثلي ولو بغلاء بمثله)** ش: هذا إذا فات، أما إذا كان الشيء المغصوب موجوداً وأراد ربه أخذه وأراد الغاصب إعطاء مثله فلربه أخذه. قال ابن رشد في أول كتاب الجامع من نوازله: إذا كان الحرام عند

حائطه حفيراً للسباع أو حبالة لم يضمن ما عطب بذلك من سارق أو غيره، وإن جعل بباب خبائه قصباً تدخل في رجل من يدخله، أو اتخذ تحت عتبته مسامير لمن يدخل، أو رش فناءه يريد به زلق من يسلكه من دابة أو إنسان، أو اتخذ فيه كلباً عقوراً فهو ضامن لما أصيب من ذلك، ولو رشه لغير ذلك لم يضمن ما عطب به **(وقدم عليه المردي)** ابن شاس: يجب الضمان على حفر بئراً في محل عدوان فتردت فيه بهيمة أو إنسان، فإن رداه غيره فعلى المردي تقديماً للمباشرة على التسبب. ابن عرفة: كذا نقل الطرطوشي في مسألة القفص الآتية، وعارضه ابن عبد السلام بتسوية سحنون بين المكره غيره على أن يخرج له مال رجلٍ من بيته. راجع ابن عرفة **(إلا المعين فسيان)** هذا قول القاضي أبي الحسن. وقال ابن هارون: يقتل المردي دون الحافر تغليباً للمباشرة. وقال ابن عرفة: الأظهر على رواية ابن القاسم يقتل المردي إلا إن علم بقصد الحافر ويتقدم فعله فيقتلان معاً كبينة الزور مع القاضي العالم بزورها انتهى. واستظهر على هذا النقل فإني لم أصادفه حين راجعته. وانظر هذا الموضع من ابن عرفة أن الأخذ من الغاصب العالم بالغصب غاصب، ومن حل رباط زق مملوء زيتاً لرجل وأبقاه مستنداً كما وجده فأسقطه رجل **(أو فتح قيد عبد لئلا يأبق)** من المدونة: من حل عبداً من قيد قيد به لئلا يأبق فذهب العبد ضمن **(أو على غير عاقل)** من المدونة: من فتح باب قفص فيه طير فذهب الطير ضمن، ومن حل دواب من مرابطها فذهبت ضمنها كالسارق يدع باب الحانوت مفتوحاً وليس فيه ربه فيذهب ما في الحانوت فالسارق يضمنه **(إلا بمصاحبة ربه)** من المدونة: من فتح باب دار فيها دواب فذهبت، فإن كانت الدار مسكونة فيها أهلها لم يضمن، وإن لم يكن فيها أربابها ضمن، ولو كان فيها ربها نائماً لم يضمن. وكذلك السارق يدع الباب مفتوحاً وأهل الدار فيها نيام أو غير نيام، فلا يضمن ما ذهب بعد ذلك، وإنما يضمن إذا ترك البيت مفتوحاً وليس أرباب البيت فيه **(أو حرزاً)** انظر إن كان هذا معطوفاً على قوله: «غير عاقل» أن يضمن إن فتح على غير عاقل أو فتح حرزاً إلا بمصاحبة رب غير العاقل ورب الحرز **(المثلي ولو بغلاء بمثله)** ابن رشد: المثلي المكيل والموزون والمعدود الذي لا تختلف أعيان عدده كالجوز والبيض، وقد تقدم في باب الوديعة قول اللخمي في الكتاب انظره هناك. ومن المدونة قال مالك: من غصب لرجل طعاماً أو إداماً فاستهلكه فعليه مثله بموضع غصبه منه، فإن لم يجده هناك مثلاً لزمه أن يأتي بمثله إلا أن يصطلحا على أمر جائز. وإن لقيه ربه

....

آخذه لم يفت رد بعينه إلى ربه ومالكه، وسواء كان له مال حلال أو لم يكن يعني للغاصب ولا يحل لأحد أن يشتريه منه إن كان عرضاً، ولا يبايعه فيه إن كان عيناً، ولا يأكله إن كان طعاماً، ولا يقبل منه شيئاً هبة ولا يأخذه منه في حق كان له عليه، ومن فعل شيئاً من ذلك وهو عالم كان سبيله سبيل الغاصب في جميع أحواله. وكذا إن فات عند الغاصب ولم يذهب بأمر من السماء أو بجناية من غير الغاصب عليه لأن ذلك لا يقطع تخيير صاحبه أخذه، وكذلك أيضاً لو أفاته الغاصب إفاتة لا تقطع تخيير صاحبه في أخذه مثل أن يكون شاة فيذبحها، أو بقعة فيبنيها داراً، أو ثوباً فيخيطه أو يصبغه أو ما أشبه ذلك. ولو أفاته إفاتة تلزمه بها القيمة أو المثل فيما له المثل ويسقط خيار ربها في أخذها عند بعض العلماء كالفضة يصوغها حلياً، والصفر يفعل منه قدحاً، والخشب يصنع منه. توابيت وأبواباً، والصوف والحرير والكتان يعمل من ذلك ثياباً وما أشبه ذلك، لما جاز أيضاً لأحد أن يشتريه ولا أن يستوهبه بخلاف من يقول من العلماء أن لرب هذه الأشياء أن يأخذ الفضة مصوغة والصفر معمولاً والخشب مصنوعاً والثياب منسوجة دون شيء يكون عليه للغاصب لقوله ﷺ «ليس لعرق ظالم حق»[1] انظر بقية كلامه.

تنبيه: قال في التوضيح في كتاب الصرف عن ابن القاسم: إنهم اتفقوا على أن الدنانير والدراهم تتعين بالنسبة إلى من كان ماله حراماً أو كان في ماله شبهة، فإذا أراد من هو من أهل الخير أخذ عين دنانيره ودراهمه من الغاصب الذي ماله حرام أو في ماله شبهة مكن من ذلك باتفاق. ثم قال: وانظر الاتفاق الذي حكاه المصنف مع قول ابن الجلاب: ومن غصب دراهم فوجدها ربها بعينها وأراد أخذها وأبى الغاصب أن يردها وأراد رد مثلها فذلك للغاصب دون ربها. قاله ابن القاسم انتهى.

قلت: ذكر ابن عرفة عن ابن شاس أنه إذا أراد الغاصب إعطاء ربها غير عينها فإن افترقا في الحل والتحريم أو الشبهة فلربها أخذ عينها اتفاقاً وإلا فالمشهور كذلك انتهى. وما ذكره عن ابن الجلاب ذكره هو في باب الغصب وقال بعده: وقال بعض أصحابنا وهو الشيخ أبو بكر الأبهري: ذلك لربها دون غاصبها. وقال غيرها: لم يقل ذلك ابن القاسم في الغصب وإنما ذكره في البيوع لأن البيع بها واقع على صفة لأنها لا تراد لعينها ولا غرض في ذلك، وأما المغصوب فله غرض في أخذ عين ماله لأنه حلال ومال الغاصب حرام فكيف يمنع من ذلك ولم يقله ابن القاسم فيه، وإنما تأول عليه في هذا قوله في البيع ولا شبهة انتهى. وقال الشيخ سليمان البحيري بعد أن ذكر كلام التوضيح: وما نقله ابن الجلاب عن ابن القاسم هو خلاف

(١) رواه البخاري في كتاب الحرث باب ١٥، أبو داود في كتاب الإمارة باب ٣٧، الترمذي في كتاب الأحكام باب ٣٨. الموطأ في كتاب الأقضية حديث ٢٦. أحمد في مسنده (٣٢٧/٥).

وَصَبَرَ لِوُجُودِهِ، وَلِبَلَدِهِ وَلَوْ صَاحَبَهُ، وَمُنِعَ مِنْهُ لِلتَّوَثُّقِ، وَلاَ رَدَّ لَهُ: كَإِجَازَتِهِ بَيْعَهُ مَعِيباً زَالَ، وَقَالَ أَجَزْتُ لِظَنِّ بَقَائِهِ:

المشهور انتهى. وذكر التلمساني في شرح الجلاب والقرافي عن المدونة في كتاب الشفعة ما يدل على أن لربها أخذها، والذي لابن القاسم في البيع هو ما في كتاب السلم فيمن أسلم ثم أقالك قبل التفرق ودراهمك في يده فأراد أن يعطيك غيرها فذلك له وإن كنت شرطت استرجاعها بعينها انتهى. فعلم مما تقدم أنه ليس للغاصب أن يحبس المثلي حيث لم يجعل فيه مفوت ولم يدفع مثله والله أعلم. ص: **(كإجازته بيعه معيباً زال وقال أجزت لظن بقائه)** ش: قال في المدونة: ومن غصب أمة بعينها بياض فباعها ثم ذهب البياض عند المبتاع فأجاز ربها

بغير البلد الذي غصب فيه لم يقض عليه فيه هناك بمثله ولا قيمته، وإنما له عليه مثله بموضع عطبه فيه. اللخمي: ويختلف إن غصبه طعاماً في شدة ثم صار إلى رخاء، هل يغرم مثله أو قيمته على القول أنه يغرم أغلى القيم؟ المازري: والمشهور أن الحكم لا يتغير بذلك ويقضى بمثله **(وصبر لوجوده)** ابن عرفة: لو فقد المثل حين طلبه فقال ابن القاسم: ليس عليه إلا مثله. اللخمي: يريد أنه يصبر حتى يوجد. أشهب يخير الطالب في الصبر أو القيمة **(ولبلده)** تقدم نص المدونة: إن لقيه ربه بغير البلد لم يقض عليه هناك بمثله ولا قيمته. ولابن رشد في الوكيل على شراء طعام فاشتراه بالإسكندرية ثم باعه بزيت وقدم بالزيت لبلد الموكل، فللموكل أن يضمن الوكيل مثل طعامه بالإسكندرية، وبين أن يجيز البيع فيه بالزيت فيأخذه بمثله بالإسكندرية إذ قد فات بحمله لبلد الموكل. وليس له أخذ الزيت هناك إلا برضا الوكيل إلا على قول أشهب في كتاب الغصب أن له أخذ الزيت لأنه زيته بعينه. انظر رسم عبد القادر من سماع عيسى من البضائع **(ولو صاحبه)** روى ابن القاسم عن مالك في الطعام يسرق فيجده ربه بغير بلده، ليس له أخذه وإنما له أن يأخذ السارق والغاصب بمثله في موضع سرقته. قال ابن القاسم: ولو اتفقا أن يأخذه بعينه أو مثله بموضع نقله أو يأخذ فيه ثمناً جاز بمنزلة بيع الطعام القرض قبل قبضه انتهى. وانظر لو لم يكن الطعام معه فقال ابن القاسم: يصبر لقدومه بلد الغصب ليغرم مثله. ابن عرفة: وفي غير الطعام طريقان. ابن رشد: سمع ابن القاسم نقله من بلد لآخر فوت في العروض لا الحيوان **(ومنع منه للتوثق)** الذي لابن الحاجب فيمن لقي من غصبه بغير بلد غصبه والطعام معه أنه لا خلاف أن للغاصب يمنع منه حتى يتوثق منه **(ولا رد له)** ابن عرفة: معروف المذهب أنه ليس لربه جبر الغاصب على رده لبلد الغصب. وأجاب ابن رشد: من أكرى ملاحاً على حمل تين من أشبيلة إلى سبتة فحمله إلى سلا فغرم الملاح مثل التين بأشبيلية ويحمله إلى سبتة فقيل له: أفتى غيرك بوجوب رد الملاح إلى سبتة وهو في ضمانه حتى يصل إليها. فقال: ما أجبت به هو قول ابن القاسم. ومن الذخيرة: نقل الغصوب تشعبت فيه المذاهب واضطربت الآراء وتباينت بناء على ملاحظة أصول وقواعد منها، أن الغاصب أن لا ينبغي أن يغرم كلفة النقل لأن ماله معصوم كمال المغصوب **(كإجازته بيعه معيباً زال وقال أجزت لظن بقائه)** من المدونة: من غصب أمة بعينها بياض فباعها، ثم ذهب البياض عند المبتاع وأجاز ربها البيع، ثم علم بذهاب البياض فقال إنما أجزت البيع ولم أعلم بذهابه،

كَنُقْرَةٍ صِيغَتْ، وَطِينٍ لُبِنَ، وَقَمْحٍ طُحِنَ، وَبَذْرٍ زُرِعَ، وَبَيْضٍ أُفْرِخَ؛

البيع ثم علم بذهاب البياض فقال إنما أجزت البيع ولم أعلم بذهاب البياض وأما الآن فلا أجيزه، فلا يلتفت إلى قوله ولزمه البيع. وقال أبو الحسن الصغير: لم يلتفت إلى قوله وإن كان صادقاً في قوله. وانظر قوله «ثم ذهب البياض عند المبتاع» فمفهومه لو ذهب عند الغاصب لكان الحكم خلاف هذا. ابن يونس: قال بعض الفقهاء: لو ذهب عند الغاصب وأجاز البيع لا نبغي أن يكون له متكلم لأن البيع وقع على غير الصفة التي يعرفها فيقول إنما أجزت البيع على ما كنت أعرف. ابن يونس: لأنه يقول إنما أجزت بيع جارية عوراء بهذا الثمن، ولو علمت أن بياضها قد زال قبل البيع ما بعتها بمثل هذا الثمن. وأما التي بيعت عوراء فقد بيعت على ما كان يعرف فقد رضي بتسليمها على ذلك الحال فلا حجة له.. ابن يونس: ويحتمل أن يقال لا حجة له في الوجهين، لأنه لو شاء استثبت ولم يعجل وهي حجة مالك في الأولى. وقال عبد الحق: لا حجة له في الوجهين، وقول مالك «لو شاء لم يعجل» يعم الوجهين. انتهى كلام أبي الحسن.

وأما الآن فلا أجيز، لم يلتفت إلى قوله ولزمه البيع. وقد قال مالك في المكتري يتعدى المسافة فتضل الدابة فيغرم قيمتها ثم توجد: فهي للمكتري ولا شيء لربها فيها **(كنقرة صيغت)** ابن يونس: لو غصبه سويقاً فلته فإنما عليه مثله، ولا يجوز أن يتراضيا أن يأخذه ويعطيه مالته به لأنه التفاضل بين الطعامين. وكذلك لو ضرب الفضة دراهم أو صاغها لم يجز له أخذها ويعطيه أجرته للتفاضل بينهما **(وطين لبن وقمح طحن وبذر زرع)** من المدونة قال مالك: إن عمل الغاصب من الخشبة باباً، أو غصب تراباً يعمل منه بلاطاً، أو غصب حنطة فزرعها وحصد منها حباً كثيراً، أو غصب سويقاً فلته بسمن، أو غصب فضة فصاغها حلياً، أو ضربها دراهم فحلية في هذا كله مثل ما غصب في صفته ووزنه وكيله أو القيمة فيما لا يكال ولا يوزن، وكذلك في السرقة. المازري: قال ابن القاسم: من غصب قمحاً فطحنه ضمن مثله ولا يمكن رب القمح من أخذ الدقيق خلافاً فالأشهب. واتفقا إن طحن القمح سويقاً ولته أن ليس لرب القمح أخذه **(وبيض أفرخ)**. أشهب: من غصب بيضة فحضنها تحت دجاجة له فخرج منها دجاجة فعليه بيضة مثلها كغاصب القمح يزرعه عليه مثل القمح والزرع له خلافاً لسحنون، لا ما باض أو حضن. أشهب: لو غصب دجاجة فباضت عنده فحضنت بيضها، فما خرج من الفراريج فلربها أخذها معها كالولادة، وأما لو حضن تحتها بيضاً له من غيرها فالفراريج للغاصب والدجاجة لربها وله فيما حضنت كراء مثلها. ابن المواز: مع ما نقصها إلا أن يكون نقصاً بيناً فيكون لربها قيمتها يوم غصبها، ولا يكون له من بيضها ولا من فراريجها شيء. قال: ولو غصب حمامة فزوجها حماماً له فباضت وأفرخت، فالحمامة والفراخ للمستحق ولا شيء للغاصب فيما أعانها ذكره من حضانته، ولمستحق الحمامة فيما حضنت من بيض غيرها قيمة حضانتها ولا شيء له فيما حضنته غيرها من بيضها وإنما له بيض مثل بيض حمامته إلا أن يكون عليه في أخذ البيض ضرر في تكلف حمام يحضنهم، فله أن يغرم الغاصب قيمة ذلك البيض اهـ.

إِلاَّ مَا بَاضَ؛ إِنْ حَضَنَ، وَعَصِيرٍ تَخَمَّرَ، وَإِنْ تَخَلَّلَ؛ خُيِّرَ: كَتَخَلُّلِهَا لِذِمِّيٍّ، وَتَعَيَّنَ لِغَيْرِهِ وَإِنْ صَنَعَ كَغَزْلٍ وَحَلْيٍ وَغَيْرِ مِثْلِيٍّ: فَقِيمَتُهُ يَوْمَ غَصْبِهِ؛

ص: **(وعصير تخمر)** ش: قال اللخمي: وفي ثمانية أبي زيد: من تعدى على جرة عصير فكسرها، فإن دخله عرق خل ولم يتخلل غرم قيمته على الرجاء والخوف بمنزلة الثمرة، وإن ظهر أنه خمر ولم يدخله عرق خل فلا شيء عليه لأنه كسره في حين لو علم به لم يحل إمساكه انتهى. ص: **(وإن صنع كغزل وحلي وغير مثلي)** ش: قال بعضهم: إنه رأى خط المؤلف بالضاد المعجمة والياء التحتية مبنياً للنائب وهو ظاهر أشار به إلى أن الغاصب إذا غصب غزلاً ثم ضاع ذلك الغزل إما بسبب ذلك الغاصب أو بغير سببه، فإنه يلزم غرم قيمته. وهذا الذي صدر به ابن الحاجب، وكذلك الحلي إذا غصبه وتلف فإنه يلزمه غرم قيمته. ونبه بالغزل والحلي على مذهب ابن القاسم في المثلي إذا دخلته الصنعة أنه يصير من المقومات، وكذلك أيضاً المثلي الجزاف يعني به أن ما كان من المثليات إذا كان لا يباع بكيل ولا وزن ولا عدد وإنما يباع جزافاً فغصبه أحد وتلف كان عليه القيمة لأنه صار من المقومات حيث لم يحصر مما ذكر. ص: **(فقيمته يوم غصبه)** ش: يعني أن المغصوب المقوم أو ما في حكمه مما تجب فيه

انظر هذا كله مع ما تقدم في الشركة في اشتراك ذي طير وطيرة **(وعصير تخمر)** اللخمي: من غصب خمراً فتخلل فلربه أخذه، وإن غصب عصيراً فتخمر كسرت عليه وغرم مثله. وقال المازري: إذا غصب مسلم من مسلم خمراً فأراقها فلا ضمان عليه لأنه فعل الواجب من الإراقة التي كان مخاطباً بها من هي في يده، ولو أمسكها حتى تخللت لوجب عليه أن يردّها لمن غصبها منه. وقد خرج حذاق شيوخي في هذا خلافاً لأنه كمن وضع يده على طائر لا يحوزه أحد **(وإن تخلل خير)** اللخمي: من غصب عصيراً فتخلل خير ربه في أخذه مثله **(كتخللها لذمي)** أشهب: إن غصب مسلم خمراً لذمي فحللها خير في أخذها خلاً أو قيمتها يوم الغصب. ومن المدونة قال مالك: لو استهلك مسلم لذمي خمراً غرم قيمتها **(وتعين لغيره)** تقدم نص المازري ونقله عن حذاق شيوخه قبل قوله: «وإن تخلل» **(وإن صنع)** ابن عرفة: من غصب خمراً ففي كونها بتخليلها عند الغاصب له أو لربها، ثالثها إن تسبب لتخريج عبد المنعم والمعروف ومفهوم تعليل أبي محمد **(كغزل وحلي وغير مثلي فقيمته يوم غصبه)** لا شك أن الناسخ قدّم هنا وأخر. وإنما مرد المؤلف وضمن بالاستيلاء ككذا وكذا لمثلي ولو بغلاء وغير مثلي بقيمته يوم غصبه كغزل أو حلي. من المدونة قال مالك: العروض والرقيق والحيوان إذا استهلكها فله قيمة ذلك ببلد الغصب يوم الغصب يأخذه بتلك القيمة أينما لقيه من البلدان، نقصت القيمة في غير البلد أو زادت. وفي الموازية: من غصب غزلاً فنسجه فعليه قيمة الغزل. وفي المدونة: ومن غصب من رجل سوارين من ذهب فاستهلكهما فعليه قيمتهما مصوغين من الدراهم، وله أن يأخذه بتلك القيمة. ابن يونس: والذي رجع إليه ابن القاسم أنه كذلك إذا كسرهما لزمته قيمتهما وكانا له. وفي الموازية: من غصب حلياً فكسره ثم أعاده لهيئته أن عليه قيمته وهذا هو

وَإِنْ جِلْدَ مَيْتَةٍ لَمْ يُدْبَغْ، أَوْ كَلْباً وَلَوْ قَتَلَهُ تَعَدِّياً، وَخُيِّرَ فِي الأَجْنَبِيّ، فَإِنْ تَبِعَهُ تَبِعَ هُوَ الجَانِي، فَإِنْ أَخَذَ رَبُّهُ أَقَلَّ: فَلَهُ الزَّائِدُ مِنَ الْغَاصِبِ فَقَطْ، وَلَهُ هَدْمُ بِنَاءٍ عَلَيْهِ،

القيمة إنما تعتبر القيمة فيه يوم الغصب. هذا هو المذهب. وقال أشهب: تلزمه أعلى قيمة مضت عليه من غصبه إلى يوم تلفه. ونقله ابن شعبان عن ابن وهب وعبد الملك. ص: **(ولو قتله بعداء)** ش: كذا في بعض النسخ «بعداء» بباء الجر الدخلة على عداء وهو بفتح العين المهملة والمد. قاله في الصحاح. وهو تجاوز الحد في الظلم. وفي بعض النسخ «ولو تعدياً» بالتاء المثناة من فوق ويعني أنه يضمن المقوم بقيمته يوم غصبه ولو كان الغاصب قتل المغصوب تعدياً منه، وهذا قول ابن القاسم وأشهب. وقال سحنون وابن القاسم في أحد قوليه: له أخذه بقيمته يوم

الصواب، لأن هذه الصياغة غير تلك فكأنه أفات السوار فعليه قيمته يوم أفاته، وعلى مذهب أشهب يأخذهما **(وإن جلد ميتة لم يدبغ أو كلباً)** من المدونة قال ابن القاسم: من غصب جلد ميتة غير مدبوغ فعليه إن أتلفه قيمته ما بلغت كما لا يباع كلب ماشية أو زرع أو ضرع وعلى قاتله قيمته ما بلغت. اللخمي: وإن كان كلب دار لم يغرم فيه شيئاً **(ولو قتله تعدياً وخير في الأجنبي)** كذا قال في المدونة: لو غصب أمة ثم قتلها. وعبارة ابن الحاجب: المقوم كالحيوان يتلف بآفة سماوية يضمن قيمته يوم الغصب ثم قال: فإن أتلفه أجنبي خير. ومن المدونة قال ابن القاسم: من غصب أمة فزادت قيمتها عنده أو نقصت ثم قتلها فإنما عليه قيمتها يوم الغصب، فقط، ولو قتلها عند الغاصب أجنبي وقيمتها يومئذ أكثر من قيمتها يوم الغصب فلربها أخذ القاتل بقيمتها يوم القتل بخلاف الغاصب، فإن كانت القيمة يومئذ أقل من قيمتها يوم الغصب كان له الرجوع بتمام القيمة على الغاصب. قال ابن المواز: ولو كان إنما أخذ قيمتها يوم الغصب من الغاصب فكانت أكل من قيمتها يوم القتل فلا رجوع له على القاتل بشيء وللغاصب طلب القاتل بجميع قيمتها يوم القتل **(فإن تبعه تبع هو الجاني)** تقدم نص المدونة: لربها أخذ أخذ القاتل. وقول ابن القاسم: وللغاصب طلب القاتل **(فإن أخذ ربه أقل فله طلب الزائد من الغاصب فقط)** تقدم نص المدونة: إن كانت القيمة أقل كان له الرجوع بتمام القيمة على الغاصب **(وله هدم بناء عليه)** من المدونة: من غصب خشبة أو حجراً فبنى عليها فلربها أخذها وهدم البناء، وكذلك إن غصب ثوباً وجعله ظهارة لجبة فلربه أخذه أو يضمنه قيمته. قال أبو محمد: وله أخذ عين شيئه ويفتق له الجبة ويهدم له البناء، والهدم والفتق على الغاصب، وظاهر هذا أن له أيضاً أن يضمنه قيمة الخشبة وكان الغاصب لما أفاتها رضي منه بالتزام قيمتها. وانظر لو أنشأ سفينة على لوح مغصوب أو غصب خيطاً خاط به جرحاً، هل يتخرج على تهوين أخف الضررين؟ المازري: ومن هذا الأسلوب الكبش يدخل رأسه في قدر غيره ربه، والدينار يقع في إناء الغير لا يقدر على إخراجه إلا بكسر الإناء، ومن درة الغواص في ثور احتبس رأسه بين أغصان زيتونه أنه يحكم على صاحب الثور بقيمة ما يقطع من أغصان الزيتونة حتى يتخلص رأسه منها. قاله الداودي. وانظر إذا استحقت خشبة قال مالك: ليس لربها قلعها إذا كان الباني غير غاصب **(وغلة مستعمل)** ابن عرفة: في غرم الغاصب غلة المغصوب خمسة أقوال. ومن المدونة قال ابن القاسم: كل ربع اغتصبه غاصب فسكنه أو اغتله أو

وَغَلَّةُ مُسْتَعْمَلٍ، وَصَيْدُ عَبْدٍ، وَجَارِحٍ،

القتل كالأجنبي. ص: (وغلة مستعمل) ش: هذا هو المشهور أنه يضمن غلة ما استعمل من رباع وحيوان وهو خلاف مذهب المدونة فإنه قال في كتاب الغصب: إنه لا يرد غلة العبيد والدواب. وقال في كتاب الاستحقاق: ولا يرد غلة الحيوان مطلقاً. وما مشى عليه المصنف قال في التوضيح: صرح المازري وصاحب المعين بتشهيره وشهره ابن الحاجب. وقال ابن عبد السلام: هو الصحيح عند ابن العربي وغيره من المتأخرين.

أرضاً فزرعها، فعليه كراء ما سكن أو زرع بنفسه وغرم ما أكراها به من غيره ما لم يحاب، وإن لم يسكنها ولا انتفع بها ولا اغتلها فلا شيء عليه. قال ابن القاسم: وما اغتصبه من دواب أو رقيق أو سرقه فاستعملها شهراً وطال مكثها بيده أو أكراها وقبض كراءها فلا شيء عليه، وله ما قبض من كرائها وإنما لربها عين شيئه. وليس له أن يلزمه قيمتها إذا كانت على حالها لم تتغير في يدك، ولا ينظر إلى تغير سوق. قال ابن القاسم: وأما المكتري والمستعير يتعدى المسافة تعدياً بعيداً أو يحبسها أياماً كثيرة ولم يركبها ثم يردها بحالها، فربها مخير في أخذ قيمتها يوم التعدي، أو يأخذها مع كراء حبسه إياها بعد المسافة. وله في الوجهين على المكتري الكراء الأول والسارق والغاصب ليس عليه في مثل هذا قيمة ولا كراء إذا ردها بحالها. قال ابن القاسم: ولولا ما قاله مالك لجعلت على السارق والغاصب كراء ركوبه إياها وأضمنه قيمتها إذا حبسها عن أسواقها كالمكتري ولكني آخذ فيها بقول مالك. وقال الباجي: الفرق أن الغاصب غصب والرقبة فلا يضمن المنافع لضمانه الرقبة بخلاف غيره فهو متعدٍ على المنافع فضمنها انتهى. انظر هذا التعليل بالنسبة إلى الربع فقد تقدّم أنه يغرم غلة ما استغل. وانظر قول خليل: «وغلة مستعمل» وقد تقدّم أن الربع بخلاف الدواب والرقيق يبقى صوف الغنم ولبنها ونسل الحيوان وثمر الشجر سيأتي حكمه عند قوله: «كمركب نخر». وانظر هذا مع ما تقدم عند قوله: «لا ما باض» (وصيد عبد وجارح) ابن بشير: إن كان المغصوب عبداً وأمره بالصيد فلا خلاف أن الصيد لرب العبد، وإن كان آلة كالسيف والرمح فلا خلاف أن الصيد للغاصب وعليه أجرة ما انتفع به، وإن كان فرساً فقد ألحقوه بالآلات، وإن كان جارحاً كالباز والكلب فهو يلحق بالعبد؟ قولان. وقال ابن رشد: اختلف في الذي يتعدى على كلب رجل أو بازه فيصيد به، والأظهر قول ابن القاسم أن محمله محمل الذي يتعدّى على العبد فيرسله فيصيد له لأن جل العمل إنما هو للباز والكلب لأنهما هما اتبعا الصيد وهما أخذاه، فلهما سببان الاتباع والأخذ وليس للمتعدي فيه إلا التحريض على ذلك ما تؤوّل من مذهب ابن القاسم في المزارعة الفاسدة أن الزرع يكون فيها لمن أخرج شيئين انتهى. فانظر جعل ابن رشد موضوع مسألة إذا تعدى على عبد رجل أو كلبه أو بازه أن الصيد لرب العبد باتفاق ولرب الكلب والباز على الأظهر وهو قول ابن القاسم. وفرضها ابن بشير في غصب العبد والكلب والباز، وقد تقدّم نص المدونة: ما اغتصب من دواب أو رقيق فاستعملها أو أكراها فلا شيء عليه، وله ما قبض من كرائها وإنما لربها عين شيئه. ومن المدونة أيضاً: لو أن الغاصب نفسه استغل العبد أو أخذ كراء الدار للزمه أن يرد الغلة والكراء للمستحق. وانظر هذا عند قوله «وإلا

وَكِرَاءُ أَرْضٍ بُنِيَتْ؛ كَمَرْكَبٍ نَخِرٍ، وَأَخَذَ مَا لاَ عَيْنَ لَهُ قَائِمَةٌ،

فرع: من غصب منفعة دار واستأجر منه رجل تلك المنفعة فلربها أخذ المنفعة من الغاصب أو من المستأجر، عالماً كان أو جاهلاً، كما لو غصب طعاماً وباعه واستهلكه المشتري

بدىء بالغاصب» **(وكراء أرض بنيت)** اللخمي: لا أعلمهم اختلفوا فيمن غصب أرضاً فبناها ثم سكن أو استغل أنه لا يغرم سوى غلة القاعة. وقال ابن المواز: إذا غصب خراباً لا يسكن إلا بإصلاحه فأصلح وسقف ورم ثم استغل قال: للمستحق جميع الغلة وكراء ما سكن وللغاصب قيمة ما لو نزع كان له ثمن **(كمركب نخر)** اللخمي: إن غصب مركباً نخراً ولا يقدر على استعماله إلا بإصلاحه فعمره ورجحه بجوانحه وأطرافه ثم اغتل غلة، كان جميع الغلة لمستحقه ولا غرم عليه في شيء مما أنفقه إلا مثل طير أو جمل. ثم ذكر قول أشهب ورجحه انظره فيه. ومن ابن يونس قال ابن القاسم فيما أثمر عند الغاصب من نخل أو شجر أو تناسل من الحيوان أو جز من الصوف أو حلب من اللبن، فإنه يرد ذلك كله مع ما اغتصبه لمستحقه، وما أكل رد المثل في ماله مثل، والقيمة فيما لا يقضى بمثله. وليس له اتباع المستحق بما أنفق في ذلك أو سقى أو عالج أو رعى، ولكن له المقاصة بذلك فيما بيده من غلة لأن عن عمله تكونت. ألا ترى أن الأجير أحق بها في الفلس، وإن عجزت الغلة عنه لم يرجع على المستحق بشيء. وقاله أشهب. وقال ابن القاسم أيضاً: لا شيء له فيما سقى أو عالج أو أنفق وإن كان ذلك سبباً للغلة. وقاله مالك وبه أخذ ابن المواز قال: إذ ليس بعين قائمة ولا يقدر على أخذه ولا مما له قيمة بعد القلع فيرد، وهو كما لو غصب مركباً خرباً فأنفق في قلفطته ومرمته وترجيحه وأطرافه وجوانحه ثم اغتل فيه غلة كثيرة، فلربه أخذه مقلفطاً مصلوحاً بجميع غلبته ولا غرم عليه فيما أنفق عليه إلا مثل الصاري والأرجل والحبال. وما يؤخذ له ثمن إذا أخذ فللغاصب أخذه وإن كان بموضع لا غنى عنه إذ لا يجد صارياً ولا أرجلاً ولا أحبلاً إلا هذه، أو لا يجد ذلك بموضع لا ينال حملها إليه إلا بالمشقة والمؤنة العظيمة وهو ما لا بد له منه مما يجري به المركب حتى يرده إلى موضعه، فربه مخير بين أن يعطيه قيمة ذلك بموضعه كيفما كان أو يسلم ذلك إليه. ابن يونس: وقد اختلف أيضاً فيما سقى أو عالج بوجه شبهة كالمشتري والموهوب له فقال ابن القاسم: لا يأخذه كالمستحق حتى يدفع قيمة السقي والعلاج وهذا هو الأصوب **(وأخذ ما لا عين له قائمة)** انظر إن كان يعني بهذا أن للمغصوب منه أن يأخذ أرضه ومركبه ويأخذ معهما ما لا قيمة له إن قلع. وقد تقدم قبل قوله «كمركب» أن للغاصب قيمة ما لو نزع كان له ثمن. وقال في المدونة أيضاً: كل ما لا منفعة فيه للغاصب بعد القلع كالجص والنقش فلا شيء له فيه، وكذلك ما حفر من بئر. وقال ابن رشد: إنما أحدثه الغاصب في الشيء المغصوب على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك إن كان خرج مما له عين قائمة كالصبغ والنقض في البنيان، فإن كان ذلك الشيء يمكن إعادته على حاله كالبقعة بينهما وما أشبه ذلك فالمغصوب منه مخير بين أن يأمر الغاصب بإعادة البقعة على حالها وإزالة ماله فيها من نقض إن كان فيها نقض، وبين أن يعطي الغاصب قيمة ماله فيها من النقض مقلوعاً مطروحاً بالأرض بعد أجر القلع. قاله ابن شعبان وابن المواز. وهذا إذا كان الغاصب ممن لا يتولى ذلك

وَصَيْدَ شَبَكَةٍ وَمَا أَنْفَقَ فِي الْغَلَّةِ، وَهَلْ إِنْ أَعْطَاهُ فِيهِ مُتَعَدِّدٌ عَطَاءً فِيهِ؟ أَوْ بِالأَكْثَرِ مِنْهُ وَمِنَ الْقِيمَةِ تَرَدُّدٌ

فلرب الطعام أن يضمن من شاء منهما بخلاف ما إذا غصب الرقبة وإكراهاً. قاله في نوازل عيسى من كتاب الغصب. **ص: (وهل إن أعطاه فيه متعدد عطاء فيه أو بالأكثر منه ومن القيمة تردد)** ش: يعني أن من كان له متاع أو سلعة أو شيء تسوق به فأعطاه فيه ناس متعددون ثمناً ثم تعدى عليه شخص فغصبه ذلك الشيء واستهلكه، فهل يضمن الغاصب لرب المتاع ذلك الثمن الذي أعطى فيه أو يضمن الأكثر منه ومن القيمة؟ تردد. هذا حل كلامه والمسألة في سماع ابن القاسم من كتاب الغصب ونصها: قال مالك في رجل تسوق فيعطيه غير واحد ثمناً ثم يعدو عليه رجل فيستهلكها قال: أرى أن يضمن ما كان يعطى بها ولا ينظر في قيمتها قال: وذلك إذا كان عطاء قد تواطأ عليه الناس ولو شاء أن يبيع به باع.

فرع: ولا يضمن إلا قيمتها. قال عيسى: يضمن الأكثر من القيمة والثمن انتهى. وظاهر كلام العتبي وابن يونس أيضاً أن المستهلك لا يضمن إلا ما أعطى فيها، سواء زاد على القيمة أو نقص، وكلام ابن رشد خلافه فأشار بالتردد لترددهم في فهم كلام ملك. فتأمله والله أعلم.

بنفسه ولا بعبيده وإنما يستأجر عليه. وقيل: إنه لا يحط من ذلك أجر القلع على مذهب ابن القاسم في المدونة، وإلى هذا ذهب ابن فرحون، واعتل في ذلك أن الغاصب لو هدمه لم يكن للمغصوب منه أن يأخذه بالقيمة بعد الهدم، وإن لم يكن في البنيان الذي بنى الغاصب ماله قيمة إذا قلعه لم يكن للغاصب على المغصوب منه شيء. ويؤيده قوله ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق»[1] **(لا صيد كشبكة)** ابن بشير: وإن كان المغصوب آلة كالسيف فلا خلاف أن الصيد للغاصب، ومثل السيف الشباك والحمالات **(وما أنفق في الغلة)** تقدم نقل ابن يونس: إن ما أنفق في الغلة من سقي وعلاج له المقاصة به فيما بيده من غلة. ثم ذكر قولاً آخر مشهوراً أن لا شيء له كما أنفق في المركب النخر من قلفطة. وانظر أيضاً على القول أن له ما أنفق إنما يرجع بذلك في الغلة إن كانت وإلا فلا شيء له على المستحق، والذي لابن عرفة: على غرم الغاصب الغلة في رجوعه بالنفقة طريقان، كمن تعدى على رجل فسقى له شجرة أو حرث أرضه أو حصد زرعه ثم سأله أجر ذلك. راجع اللخمي وابن عرفة **(وهل إن أعطاه فيه متعدد عطاء فيه أو بالأكثر منه ومن القيمة تردد)** قال ابن القاسم عن مالك فيمن تسوق سلعة فيعطيه غير واحد بها ثمناً ثم يستهلكها له رجل، فليضمن ما كان أعطى فيها ولا ينظر إلى قيمتها إذا كان عطاء قد تواطأ عليه الناس، ولو شاء أن يبيع باع. وقال سحنون: لا يضمن إلا قيمتها. وقال عيسى: يضمن الأكثر من القيمة أو الثمن اهـ. نقل ابن يونس. وقال ابن رشد: قول مالك «ولا ينظر إلى قيمتها» معناه إلا أن تكون القيمة أكثر، فقول عيسى مفسر لقول مالك **(وإن وجد**

---

(١) المصدر السابق.

وَإِنْ وَجَدَ غَاصِبَهُ بِغَيْرِهِ وَغَيْرِ مَحَلِّهِ: فَلَهُ تَضْمِينُهُ، وَمَعَهُ أَخْذَهُ إِنْ لَمْ يَحْتَجْ لِكَبِيرِ حَمْلٍ، **لاَ** إِنْ هَزِلَتْ جَارِيَةٌ، أَوْ نَسِيَ عَبْدٌ صَنْعَةً ثُمَّ عَادَ أَوْ خَصَاهُ فَلَمْ يَنْقُصْ،

ص: **(وإن وجد غاصبه بغيره وغير محله فله تضمينه)** ش: تصوره ظاهر.

فرع: قال البرزلي: وقعت مسألة وهو أنه وجبت قناطر من كتان من عداء على رجل بتونس وكان تعديه عليها بالإسكندرية، فوقع الحكم عليه بدفع قيمته بالإسكندرية في تونس لتعذر الطريق إلى الإسكندرية عن قرب بر أو بحر، ولو لم يتعذر الطريق لم يقض إلا بمثلها. في الإسكندرية وهي مثل ما حكى ابن رشد فيمن سلف طعاماً لأسير في بلاد الحرب أو في بلاد الإسلام ثم أخذها العدو، أو تعذر الوصول إليها فقيل: يقضي بقيمتها في ذلك البلد يوم الحكم يأخذه ربه إن وجده، وقيل: لا يقضي إلا بمثله في ذلك البلد إلا أن يتفقا على شيء يجوز. وكذلك لو دفعه نفي قرية الأسير وهي تجري على الخلاف هل هو استهلاك أو قرض، وأما لو كان الكتان جزافاً أو الطعام كذلك لم يقض إلا بقيمته يوم العداء وأنه يأخذها حيث وجدها. انتهى. ص: **(أو خصاه فلم ينقص)** ش: قد تكلم عليه ابن غازي بما يغني، ويؤخذ من هنا أن الخصاء ليس بمثلة ولو كان مثلة لعتق على الغاصب وغرم لربه قيمته كما قال في كتاب الغصب من المدونة: وأما من تعدى على عبد رجل ففقأ عينه أو قطع له جارحة أو

غاصبه بغيره وغير محله فله تضمينه ومعه أخذه إن لم يحتج لكبير حمل) انظر إن كان معناه بغير الشيء المغصوب. وعبارة ابن الحاجب: لو وجد الغاصب خاصة يعني دون الشيء المغصوب، وقد تقدم عند قوله «ولو صاحبه» أنه ليس لرب الطعام المغصوب جبر الغاصب على ردّه لبلد الغصب. وقال ابن حارث: اتفقوا إذا غصبه عبداً أو جارية ثم لقيه بموضع آخر أنه ليس له إلا أخذ ذلك بعينه، ولا تجب له قيمته إلا أن يأخذه برده إلى موضعه. وروى الباجي: ويخير في البز والعروض في أخذ عينها أو قيمتها، وقد تقدم نقل ابن رشد سماع ابن القاسم أن النقل فوت في الرقيق والعروض لا في الحيوان. وقول ابن عرفة في نقل غير الطعام طريقان. ولخص ابن يونس سماع ابن القاسم فقال: الطعام ليس له في الحكم إلا مثله بموضع غصبه، والعبيد والإماء والحيوان ليس له أخذهم إلا حيث وجدهم إن لم يتغيروا، وأما البز والعروض فربها مخير بين أخذها أو أخذ قيمتها بموضع غصبها، ثم ذكر أن أشهب يخيره أيضاً في الحيوان. ونقل ابن عرفة عن المغيرة أنه قال: إن نقل خشبة تعدياً بمال كثير جبر على ردّها لمحلها اهـ. وبتلخيص ابن يونس قول مالك وابن القاسم كنت اكتفيت في النقل لولا لفظة خليل فانظره أنت مع ما تقرر **(لا إن هزلت جارية أو نسي عبد صنعة ثم عاد)** ابن شاس وابن الحاجب: لو هزلت الجارية ثم سمنت أو نسي العبد الصنعة ثم ذكرها حصل الجبر. ابن عرفة: لا أعرف هذا لغيرهما وهو مثل ما في المدونة فيمن اطلع على عيب قديم فيما ابتاعه فلم يرده حتى زال فلا ردّ له، ومقتضى قولهما أن الهزال في الجارية يوجب على الغاصب ضمانها. وفي المدونة: هزال الجارية لغو بخلاف الدابة **(أو خصاه فلم ينقص)** ابن شاس: إذا غصب عبداً فخصاه ضمن ما نقصه،

أَوْ جَلَسَ عَلَى ثَوْبِ غَيْرِهِ فِي صَلاَةٍ، أَو دَلَّ لِصًّا، أَو أَعَادَ مَصُوغاً عَلَى حَالِهِ، وَعَلَى غَيْرِهَا فَقِيمَتُهُ:

جارحتين فما كان من ذلك فساداً فاحشاً حتى لم يبق فيه كبير منفعة فإنه يضمن قيمته ويعتق عليه، وكذلك الأمة والله أعلم. **ص: (أو دل لصاً) ش:** انظر كيف مشى هنا على أنه لا يضمن مع أن الذي جزم به ابن رشد في رسم حمل صبياً من سماع عيسى من كتاب الأيمان بالطلاق أنه يضمن ولو أكره على ذلك، وهو الذي اختاره أبو محمد كما سيأتي فتأمله، ولعل المصنف مشى على هذا القول لأنه يفهم من كلام ابن يونس في آخر كتاب الغصب أنه الجاري على مذهب ابن القاسم في مسألة دلالة المحرم على الصيد فتأمله. وأصل المسألة في النوادر ونقل فيها القولين بالتضمين وعدمه في آخر كتاب الغصب، ونقل القولين عنه ابن يونس في آخر كتاب الغصب ثم قال بعدهما. قال أبو محمد: وأنا أقول بتضمينه لأن ذلك من وجه التغرير. وكذا نقل البرزلي عن ابن أبي زيد أنه أفتى بالضمان، وذكر الشيخ أبو محمد مسائل جملة في أواخر كتاب الغصب من الغرور بالقول، وذكر منها مسألة الصير في يغر من نفسه أو يقول في الرديء إنه جيد، وذكرها أيضاً في آخر كتاب تضمين الصناع، وذكرها في المدونة

فإن لم ينقصه ذلك أو زادت قيمته لم يضمن شيئاً وعوقب. ابن عرفة: سمع ابن القاسم في كتاب الجنايات: من خصى عبداً. انظره في رسم القبلة من السماع المذكور ففي ذلك تفصيل طويل **(أو جلس على ثوب غيره في صلاة)** ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ: من جلس على ثوب رجل في الصلاة فيقوم صاحب الثوب المجلوس عليه وهو تحت الجالس فينقطع فلا فيضمن، وهذا مما لا يجد الناس منه بدأ في صلواتهم ومجالسهم **(أو دل لصاً)** أبو محمد: من أخبر لصوصاً بمطمور رجل أو أخبر به الغاصب وقد بحث عن مطمره أو ماله فدله عليه رجل ولولا دلالته ما عرفوه، فضمنه بعض متأخري أصحابنا، ولم يضمنه بعضهم. قال أبو محمد: وأنا أقول بتضمينه لأن ذلك من وجه التغرير الموجب للضمان. قال أبو محمد: وأما الرجل يأتي السلطان بأسماء قوم وموضعهم وهو يعلم أن الذي يطلبهم به السلطان ظلم فينالهم بسبب تعريفه بهم غرم أو عقوبة، فأراه ضامناً لما غرمهم مع العقوبة الموجعة. ابن يونس: وقال أشهب: إذا دل محرم محرماً على صيد فقتله المدلول عليه فعليهما الجزاء جميعاً. وابن القاسم يقول: لا جزاء على الدال. فعلى هذا الخلاف تجري مسائل الدال فيما ذكرنا. المازري: في ضمان المتسبب بقول كصيرفي يقول فيما علمه زائفاً طيب، وكخبر من أراد صب زيت في إناء عمله مكسوراً صحيح، وكدال ظالماً على مال أخفاه ربه عنه عليه قولان. المازري كقولي ابن القاسم وأشهب في لزوم الجزاء على من دل محرماً على صيد فقتله بدلالته، وقد تقدم فتيا ابن رشد بأن المفتي لا يضمن إن أفتى بمال لغير مستحقه إذ هو غرور بالقول، والصحيح لا يضمن به **(أو أعاد مصوغاً على حاله وعلى غيرها فقيمته)** تقدم عند قوله[1] وحكى أن الصواب غرم القيمة وإن أعاده لهيئته لأن هذه الصياغة غير تلك. وقال أشهب: يأخذه بلا غرم عليه. قال ابن المواز: وإن صاغه على

---

(١) كذا في الأصل وفيه سقوط واضح.

كَكَسْرِهِ، أَوْ غَصَبَ مَنْفَعَةً فَتَلِفَتِ الذَّاتُ أَوْ أَكَلَهُ مَالِكُهُ ضِيَافَةً، أَوْ نَقَصَتْ لِلسوقِ،

أيضاً في كتاب تضمين الصناع. وانظر الغرور بالقول والفعل في ابن عرفة، وفي المسائل الملقوطة مسألة من أجوبة القرويين في القائل للرجل بع سلعتك من فلان فإنه ثقة مليء فيجده بخلاف ذلك فقال: لا يغرم إلا أن يغره وهو يعلم بحاله انتهى. ص: **(ككسره) ش: هذا** التشبيه راجع إلى ما لا يغرم فيه القيمة وإنما يأخذ فيه الشيء المغصوب لكن يؤخذ هنا أيضاً قيمة الصياغة. قال ابن الحاجب: ولو كسره أخذه وقيمة الصياغة، وسكت المؤلف هنا عنه لوضوحه والله أعلم. ص: **(أو نقصت للسوق) ش:** كذا في بعض النسخ بجر «السوق» بلام التعليل أي نقصت السلعة لأجل تغير سوقها لا لشيء في بدنها، وفي بعض النسخ «نقصت السوق» أي نقص سوقها. وعلى هاتين النسختين فيكون معطوفاً على ما لا ضمان فيه بما قبلها، وفي بعض النسخ «أو نقصت لا لسوق» بإدخال «لا» النافية على السوق المنكر المجرور باللازم. والمعنى أن السلعة المغصوبة نقصت في بدنها لا لأجل سوقها، ويكون معطوفاً على ما يضمن

غير صياغته لم يأخذه ولم يكن له إلا قيمته يوم غصبه **(ككسره)** تقدم أن الذي رجع إليه ابن القاسم إذا كسر الحلي لزمته قيمته **(أو غصب منفعة فتلفت الذات)** ابن المواز: قال ابن القاسم: من سكن داراً غاصباً للسكنى مثل ما سكن السدة حين دخلوا فانهدمت من غير فعله، فلا يضمن إلا قيمة السكنى إلا أن تنهدم من فعله. وأما لو غصبه رقبة الدار ضمن ما انهدم وكراء ما سكن. انتهى وانظر في. ابن يونس هنا إذا اكترى داراً أو أرضاً فاغتصبها منه رجل فسكن أو زرع أن الكراء على المكتري إلا أن يكون سلطاناً. قال ابن يونس: وهذا صواب، لأن منع السلطان كمنع ما هو من أمر الله كهدم الدار وقحط الأرض. وقال ابن القاسم: إذا نزل سلطان على مكترٍ فأخرجه وسكن الدار أن المصيبة على صاحب الدار ويسقط عن المكتري ما سكنه السلطان **(أو أكله مالكه ضيافة)** ابن شاس: لو قدم الغاصب الطعام إلى المالك فأكله مع الجهل بحاله فإن الغاصب يبرأ من الضمان، بل لو أكرهه على أكله فأكله لبرىء الغاصب. ابن عرفة: لا أدري من أين نقل هذين الفرعين. فأما ما أكله طوعاً فالجاري على المذهب أن لا يحاسب المغصوب من ذلك إلا بما يقضى عليه أو طعمه من ماله مما ليس بسرف في حق الآكل، وأما ما أكله مكرهاً فهو كمن أكره رجلاً على إتلاف مال وقد تقدم **(أو نقصت للسوق)** من المدونة: ما اغتصبه غاصب فأدركه ربه بعينه لم يتغير في بدنه فليس له غيره ولا ينظر إلى نقص قيمته باختلاف سوقه، طال زمان ذلك سنين أو كان ساعة واحدة إنما ينظر إلى تغير بدنه. قال مالك: وهو بخلاف المتعدي في حبس الدابة من مكتر أو مستعير يأتي بها أحسن حالاً، فربها مخير في أخذ الكراء أو يضمنه القيمة يوم التعدي لأنه حبسها عن أسواقها إلا في الحبس اليسير لا تتغير في مثله في سوق أو بدن. قال ابن القاسم: كل ما أصله أمانة فتعدى فيه بإكراه أو ركبه من وديعة أو عارية أو كراء، فهذا سبيله وهو بخلاف الغاصب. ابن يونس: القياس أن لا فرق بينهما في هذا الوجه ولا يكون الغاصب أحسن حالاً من المتعدي، وكما كان يضمن في النقض اليسير فكذلك يجب أن يضمن في نقص السوق. وقد نحا ابن ابن القاسم إلى المساواة بينهما لولا خوف مخالفة

أَوْ رَجَعَ بِهَا مِنْ سَفرٍ وَلَوْ بَعُدَ: كَسَارِقٍ؛ وَلَهُ فِي تَعَدِّي كَمُسْتَأْجِرٍ: كِرَاءُ الزَّائِدِ؛ إِنْ سَلِمَتْ، وَإِلاَّ خُيِّرَ فِيهِ، وَفِي قِيمَتِهَا وَقْتَهُ

فيه القيمة وهو قوله: «وعلى غيرها فقيمته ككسره» والله أعلم. ص: **(أو رجع بها من سفر ولو بعد كسارق)** ش: هذا مما دخل تحت قوله «وغلة مستعمل» وإنما ذكرها هنا ليبين أن هذا الفعل من الغاصب ليس بفوت يوجب تخيير ربها فيها وفي قيمتها، وليبين أنه يوجب ذلك من التعدي كالمستأجر ونحوه، وليس مقصوده أنه لا كراء على الغاصب فليس معارضاً لما تقدم. ومن يحمله على نفي الكراء على الغاصب كما هو مذهب المدونة فيحتاج أن يقيد ما تقدم بذلك. قال ابن الحاجب لما أن عد بعض ما يكون فوتاً يوجب تخيير رب السلعة فيها وفي قيمتها ما نصه: ولو رجع بالدابة من سفر بعيد بحالها لم يلزم سواها عند ابن القاسم، بخلاف تعدي المكتري والمستعير وفي الجميع قولان. قال ابن عبد السلام: ستأتي مسألة المدونة التي ذكرها المؤلف بعد هذا انتهى. ويشير إلى قوله فإن استغل واستعمل. ثم قال ابن عبد السلام ما نصه: ثم هذا الحصر الذي أعطاه كلام المؤلف حيث قال «لم يلزم سواها»، يحتمل أن يبقى على ظاهره فلا يكون على الغاصب كراء في سفره على الدابة، ويحتمل أن يريد نفي قيمة الدابة التي يكون رب المال مخيراً فيها في التعدي لا كراء الدابة انتهى. ولما أن كان ابن الحاجب يذكر الأقوال في الغلة قال في كلامه هنا: يحتمل ويحتمل، فأما المصنف فلم يذكر أولاً إلا المشهور وهو ضمان غلة المغصوب المستعمل مطلقاً فيحمل كلامه هنا على نفي الضمان إلا أن يجعل كلامه الأول على مذهب المدونة ويقيد فيصح والله أعلم. ص: **(وله في تعدي كمستأجر كراء الزائد إن سلمت وإلا خير فيه وفي قيمتها وقته)** ش: فسر الشارح مثل المستأجر المستعير، ومعنى كلامه أن الدابة إذا سلمت في تعدي المستأجر وشبهه كالمستعير

الإمام مالك **(أو رجع بها من سفر ولو بعد كسارق)** تقدم قول ابن القاسم: ما اغتصب من دواب أو رقيق أو سرقة وطال مكثها بيده، فليس لربها أن يلزمه قيمتها إذا كانت على حالها. ولا ينظر إلى تغير سوق بخلاف المكتري والمستعير يتعدى المسافة تعدياً بعيداً فربه مخير. انظر عند قوله «وغلة مستعمل». وذكر ابن رشد مثل هذا عن ابن القاسم ثم قال: وحكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ: إن سافر غاصب الدابة سفراً بعيداً ثم ردها بحالها خير ربها وأمر المكتري والغاصب واحد.

(وله في تعدي كمستأجر كراء الزائد إن سلمت) انظر هذا الإطلاق وقد تقدم عند قوله «وغلة مستعمل» قول ابن القاسم في المكتري والمستعير يتعدى ثم يردها بحالها أن ربها مخير إن شاء أخذها مع كراء حبسه إياها بعد المسافة بخلاف السارق والغاصب. انظره هناك **(وإلا خير فيه وفي قيمتها وقته)** من المدونة: قال ابن القاسم: وإذا زاد مكتري الدابة أو مستعيرها في المسافة ميلاً أو أكثر فعطبت، ضمن وخير ربها. فإما ضمنه قيمتها يوم التعدي ولا كراء له في الزيادة، أو أخذ منه كراء الزيادة ولا قيمة عليه، وله على المكتري الكراء الأول بكل حال، ولو ردها بحالها والزيادة يسيرة مثل

وَإِنْ تَعَيَّبَ، وَإِنْ قَلَّ كَكَسْرِ نِهْدَيْهَا،

فليس لربها إلا كراء الزائد فقط ولا تخيير له، وإنما يخير مع عدم السلامة. وظاهره أن ذلك يتعين. سواء كانت الزيادة كثيرة أو قليلة، ولا يخير وهذا مخالف لما قدمه في فصل العارية وفي فصل كراء الدواب وفصل الوديعة، وخلاف لما في المدونة ولما قاله ابن الحاجب وقبله في التوضيح. قال في المدونة: وأما المكتري أو المستعير يتعدى المسافة تعدياً يحبسها أياماً كثيرة ولم يركبها ثم يردها بحالها، فربها مخير في أخذ قيمتها يوم التعدي أو يأخذها مع كراء حبسه إياها بعد المسافة انتهى. وقال ابن الحاجب: ولو رجع بالدابة من سفر بعيد على حالها لم يلزمه سواها عند ابن القاسم، بخلاف تعدي المكتري والمستعير وفي الجميع قولان. قال ابن عبد السلام: بخلاف المكتري والمستعير يزيدان في المسافة زيادة بعيدة ثم يردان الدابة على حالها، فلرب الدابة أخذها وله تركها وأخذ القيمة. وقال في التوضيح: بخلاف تعدي المكتري والمستعير إذا زاد في المسافة زيادة بعيدة فإن ربها بالخيار، فإن أحب أخذها وكراءها من موضع التعدي إلى غايته، وإن أراد أخذ قيمة دابته من المكان الذي تعدى عليه وله الكراء الأول في الكراء. ثم قال: وفهم من قوله يعني ابن الحاجب «سفر بعيد» أنه لو تعدى المستعير والمكتري موضعاً قريباً أو زمناً قريباً أنه لا يكون له تضمين الدابة. وفي الباجي: إذا أمسكها أياماً يسيرة زائدة على أيام الكراء لا ضمان عليه، وإنما له الكراء في أيام التعدي مع الكراء الأول. قاله مالك وأصحابه انتهى. وما ذكره عن الباجي نحوه في المدونة كما سيأتي إن شاء الله. فلو زاد المؤلف مع قوله «إن سلمت» لفظ «وقربت» يعني مسافة التعدي لكان أحسن، لأن قوله: «إن سلمت» لا يوافق المنصوص إذ لا فرق بين سلامتها وعدم سلامتها إلا مع قرب المسافة. قال في المدونة بعد الكلام المتقدم بأسطر: قال ابن القاسم: وإذا زاد المكتري للدابة أو المستعير في المسافة ميلاً أو أكثر فعطبت ضمن وخير ربها، فإما ضمنه قيمتها يوم التعدي ولا كراء له في الزيادة، وإما ضمنه كراء الزيادة فقط ولا شيء له من قيمتها وعلى المكتري الكراء الأول بكل حال، ولو ردها بحالها والزيادة يسيرة مثل البريد أو اليوم وشبهه لم تلزم قيمتها ولا يضمن إلا كراء الزيادة فقط. انتهى والله أعلم. **ص: (خير فيه) ش:** يعني أنه يخير المغصوب منه في الشيء المغصوب، يريد وفي قيمته في ثلاث مسائل: الأولى إذا تعيبت بسماوي. الثانية إذا تعيبت بجناية. الثالثة إذا تعيبت بجناية الغاصب. أما الأول فليس له إلا أخذه بغير أرش أو أخذ القيمة. قال في المدونة: وما أصاب السلعة بيد الغاصب من عيب قل أو كثر بأمر من الله، فربها مخير في أخذها معيبة أو تضمينه قيمتها يوم الغصب، وإن كانت جارية فأصابها عنده عَور أو عمى أو ذهاب يد بأمر من الله فليس لربها أن يأخذها، وما نقصها عند الغاصب إنما له أخذها

البريد واليوم وشبهه لم يلزم قيمتها وإنما له كراء الزيادة انتهى **(وإن تعيب وإن قل ككسر نهديها أو**

أَو جَنَى هُوَ أَوْ أَجْنَبِيٌّ. خُيِّرَ فِيهِ: كَصَبْغِهِ فِي قِيمَتِهِ وَأَخْذِ ثَوْبِهِ، وَدَفْعِ قِيمَةِ الصَّبْغِ،

ناقصة أو قيمتها يوم الغصب، وليس للغاصب أن يلزم ربها أخذها ويعطيه ما نقصها. إذا اختار ربها أخذ قيمتها انتهى. وذكر هذه الصورة ابن الحاجب ولم يحك فيها خلافاً، وأما الثانية فيخير بين أخذه وأخذ أرش الجناية من الجاني أو تضمين الغاصب القيمة ويتبع الغاصب الجاني قال في المدونة إثر الكلام المتقدم بسطرين: ولو قطع يدها أي الجارية أجنبي ثم ذهب فلم يقدر عليه فليس لربها أخذ الغاصب بما نقصها وله أن يضمنه قيمتها يوم الغصب، ثم للغاصب اتباع الجاني بما جنى عليها، وإن شاء ربها أخذها واتبع الجاني بما نقصها دون الغاصب انتهى. وذكرها أيضاً ابن الحاجب ولم يحك فيها خلافاً. وأما الثالثة فيخير أيضاً بين أخذها مع أرش الجناية من الغاصب وبين أخذ القيمة منه. هذا مذهب المدونة قال فيها: ولو كان الغاصب هو الذي قطع يد الجارية فلربها أن يأخذها وما نقصها أو يدعها ويأخذ قيمتها يوم الغصب. ابن يونس: قوله: «وما نقصها» يريد يوم الجناية انتهى. وذكر ابن الحاجب فيها قولين وعزا هذا لابن القاسم، ومقابله لأشهب وهو أنه ليس له إلا أخذها بغير أرش أو أخذ القيمة. وجعل البساطي هذا الثاني هو المذهب ونصه: والمنصوص أنه في جناية الأجنبي له أن يأخذه ناقصاً ويتبع الأجنبي بأرش الجناية وليس له ذلك على المذهب في السماوي وفي جناية الغاصب انتهى. وفيه نظر لأن الأول مذهب المدونة كما علمنا ولم أر من رجح الثاني ولا من شهره والله أعلم.

فرع: قال ابن عرفة: أشهب: إن غصب أشياء مختلفة فنقصت في يده فلربها تضمينه قيمتها يوم الغصب أو أخذها ناقصة ولا شيء له وله أخذ بعضها بنقصه وقيمة باقيها انتهى.
ص: (**كصبغه في قيمته وأخذ ثوبه ودفع قيمة الصبغ**) ش: قال ابن الحاجب: وإذا صبغ الثوب خير المالك بين القيمة والثوب ويدفع قيمة الصبغ. وقال أشهب: لا شيء عليه في الصبغ، أما لو نقصت القيمة فلا شيء عليه ولا له أن يأخذه. قال في التوضيح: يعني إذا صبغ الغاصب الثوب فزادت قيمته أو لم تزد ولم تنقص، فمذهب المدونة أنه يخير المالك فيما ذكر

جنى هو أو أجنبي خير فيه كصبغه في قيمته وأخذ ثوبه ودفع قيمة الصبغ). ابن رشد: يفيت المغصوب النقصان والعيوب وإن لم تكن مفسدة، كانت بأمر سماوي أو بجناية الغاصب أو جناية غيره غير أنها إن كانت بأمر من السماء لم يكن للمغصوب منه إلا أن يضمنه قيمته يوم الغصب أو يأخذه ناقصاً عند ابن القاسم، وإن كانت بجناية الغاصب فالمغصوب منه مخير بين أن يضمنه القيمة يوم الغصب أو يسقط عنه حكم الغصب، فيأخذه وما نقصته جنايته يوم الجناية عند ابن القاسم أيضاً، وإن كانت بجناية غير الغاصب فالمغصوب منه مخير بين أن يضمن الغاصب يوم الغصب ويتبع الغاصب الجاني، وبين أن يسقط عن الغاصب طلبه ويتبع الجاني بحكم الجناية. وقال أشهب: من غصب شابة فصارت إلى تغيير يسير كانكسار النهدين ونحوه له تضمينه قيمتها إن شاء انتهى. فقد تحصل من هذا أنه مخير في العيب السماوي بين أخذه بنقصه وبين أخذه قيمتها بخلاف العيب من

وَفِي بِنَائِهِ فِي أَخْذِهِ، وَدَفْعِ قِيمَةِ نُقْضِهِ بَعْدَ سُقُوطِ كُلْفَةٍ لَمْ يَتَوَلَّهَا، وَمَنْفَعَةِ الْبُضْعِ، وَالْحُرِّ

ثم قال: ويدلك على ما قيدنا به كلام المؤلف يعني ابن الحاجب أن الثوب زادت قيمته أو لم تنقص قوله في قسيم المسألة أما لو نقصت إلى آخره وهو ظاهر لأن ذلك عيب فكان كسائر العيوب انتهى.

تنبيهان: الأول: قول التوضيح «لأن ذلك عيب الخ» نحوه لابن عبد السلام وإذا كان عيباً فكان الظاهر أن يغرم الغاصب الأرش إذا اختار في الثوب أخذه لأن هذا العيب منه حدث، وقد تقدم أن مذهب المدونة تغريمه الأرش مع أخذ السلعة إذا كان من الغاصب فتأمله، على أنه أطلق المسألة أعني مسألة الصبغ في المدونة ولم يقيدها بزيادة الصبغ ولا بنقصه والله أعلم.

الثاني: قال البساطي: فإن قلت: أطلق المصنف وقيدت المسألة بما إذا زادت قيمته، فهل له وجه؟ قلت: المسألة متأولة كما ذكرت وإطلاق المؤلف لا يضر لأنه إن نقصت لا يتأتى فيه ذلك، وإن كانت سواء فكذلك انتهى. فتأمل قوله «وإن كانت سواء» فإنه مخالف للتوضيح والله أعلم.

فرع: قال ابن عرفة: وفي تضمين الصناع منها: ولك أخذ ما خاطه الغاصب بلا غرم أجر الخياطة لتعديه. قلت: الفرق بينهما أن الصبغ بإدخال صنعة في المغصوب فأشبه البناء والخياطة مجرد عمل فأشبه التزويق. انتهى. ص: **(كحر باعه وتعذر رجوعه)** ش: قال في

الغاصب فإنه مخير بين أخذه مع ما نقصه وبين أخذ قيمته، وكذا إن كان العيب بجناية من غير الغاصب لكن إن أخذه اتبع الجاني بما نقصه انتهى. وانظر قوله «وإن قل» لو قال «ولو قل» لكان مناسباً لأنه في كتاب محمد فرق بين القليل والكثير وعليه عول في التفريع. قال اللخمي: وهو أبين يعني أنه لا يضمن من العيب اليسير. وأما مسألة الصبغ فمن المدونة قال ابن القاسم: ومن غصب ثوباً فصبغه، خير ربه في أن يأخذ من الغاصب قيمته يوم غصبه أو يعطيه قيمة صبغه ويأخذ ثوبه، ولا يكونان شريكين في الغصب. انظر لو سقط ثوب في قدر صباغ فانصبغ الثوب قالوا: يكونان شريكين فيه، هذا بقيمة ثوبه وهذا بقيمة صبغه. **(وفي بناء في أخذه ودفع قيمة نقضه بعد سقوط كلفة لم يتولها)** من المدونة قال مالك: من غصب أرضاً فغرس فيها غرساً أو بنى فيها بناء ثم استحقها ربها قيل للغاصب: اقلع الأصول والبناء إن كان لك منفعة إلا أن يشاء صاحب الأرض أن يعطيه قيمة البناء والأصول مقلوعاً. ابن المواز: بعد طرح أجرة القلع فذلك له انتهى. وقد تقدم عند قوله «وأخذ ما لا عين له قائمة» قول ابن رشد هذا إن كان الغاصب ممن لا يتولى ذلك بنفسه **(ومنفعة الحر والبضع بالتفويت)**. ابن شاس: أما منفعة البضع فلا تضمن إلا بالتفويت، فعليه في الحرة صداق المثل بكراً كانت أو ثيباً، وأما الأمة فعليه ما نقصها، وكذلك منفعة بدن الحر لا تضمن إلا بالتفويت. ابن عرفة: هذا مقتضى قول المدونة إن رجع شاهد الطلاق بعد البناء فلا غرم عليهما، وكذا في متعمدة إرضاع من يوجب رضاعها فسخ نكاحها **(كحر باعه وتعذر رجوعه)**.

بِالتَّفْوِيتِ. كَحُرٍّ بَاعَهُ وَتَعَذَّرَ رُجُوعُهُ، وَمَنْفَعَةِ غَيْرِهِمَا بِالْفَوَاتِ، وَهَلْ يَضْمَنُ شَاكِيهِ لِمُغْرَمٍ زَائِداً عَلَى قَدْرِ الرَّسُولِ إِنْ ظَلَمَ، أَوِ الجَمِيعَ، أَوْ لاَ؟ أَقْوَالٌ

مسائل أبي عمران القابسي من كتاب الاستيعاب وكتاب الفضول فيمن باع حراً ماذا يجب عليه؟ قال: يحد ألف جلدة ويسجن سنة، فإذا أيس منه ودي ديته إلى أهله. انتهى ص: (**وهل يضمن شاكيه لمغرم زائداً على قدر الرسول إن ظلم أو الجميع أو لا أقوال**) ش: القول الأخير أنه لا غرم عليه وإنما عليه الأدب هو قول أكثر الأصحاب. قاله الشيخ ابن أبي زيد وابن يونس، وانظر إذا شكا شخص رجلاً لحاكم جائر لا يتوقف في قتل النفس فضرب المشكو حتى

سحنون: وإذا غصب أم ولد فماتت عنده لا ضمان عليه فيها كالحرة يغتصبها فتموت عنده. ابن رشد: قول ابن القاسم وروايته عن مالك إن أم الولد أحكامها أحكام أمة حتى يموت سيدها أصح فلا تشبه الحرة. ألا ترى أن الحرة لا يضمنها بالنقل بخلاف الأمة ومن فيها بقية رق. وقد رُوي عن مالك فيمن غصب حراً فباعه أنه يكلف طلبه، فإن يئس منه أدى ديته إلى أهله. وقد نزلت بطليطلة فكتب قاضيها إلى ابن بشير بقرطبة فجمع ابن بشير أهل العلم فأفتوا بذلك، فكتب إليه أن أغرمه دية كاملة فقضى عليه بذلك (**وغيرهما بالفوات**) انظر هذا مع ما تقدم عند قوله «وضمن بالاستيلاء وإن تغيب وإن قل كنقرة صيغت وقمح طحن» (**وهل يضمن شاكيه لمغرم زائداً على قدر الرسول إن ظلم أو الجميع أو لا أقوال**) انظر مقتضى ابن القاسم وفتوى ابن رشد أن لا غرم كما تقدم عند قوله «أو دل لصاً» وقول ابن يونس اختلف في تضمين من اعتدى على رجل فقدمه إلى السلطان والمتعدي يعلم أنه إذا قدمه إليه تجاوز في ظلمه وأغرمه ما لا يجب عليه فقال كثير منهم: عليه الأدب وقد أثم. وكان بعض شيوخنا يفتي في مثل هذا إن كان هذا الساعي إلى السلطان الصالح أو العالم وهو ظالم له في شكواه فإنه ضامن لما أغرمه الوالي بغير حق، وإن كان الساعي مظلوماً ولم يقدر أن ينتصف ممن ظلمه إلا بالسلطان فشكاه فأغرمه السلطان وعدا عليه ظلماً فلا شيء على الشاكي، لأن الناس يلجؤون من الظلمة إلى السلطان، ويلزم السلطان متى قدر عليه رد ما أغرم الشاكي ظلماً وكذلك ما أغرمت الرسول إلى المشكي وهو مثل ما أغرمه السلطان أو الوالي يفرق فيه بين ظلم الشاكي وبين ظلم غيره. وكان بعض أصحابنا يفتي أن ينظر القدر الذي لو استأجر الشاكي رجلاً في المسير في إحضار المشكي فذلك على الشاكي على كل حال، وما زاد على ذلك مما أغرمه الرسول فيفرق فيه بين الصالح والمظلوم حسبما قدمناه انتهى. وفتيا الأشياخ عندنا أن الشاكي لجائر يغرم للمشكو به ما غرم. انظر نوازل شيخ الشيوخ ابن لب. ومن نوازل البرزلي: جرت العادة فيمن رفع شكايته لقائد الفحص ونحوه أن القاضي يؤدبه لأنه عرضه لظلمه عند هذا الجائر لا سيما إذا ادعاه خصمه إلى القاضي فيدعوه هو إلى هؤلاء الحكام، وكان بعض من يقتدى به يأمر من ثبت له حق أن يدفع إلى هؤلاء ويقول: هم أهيب من القاضي وأجهز في القضية، لكن إذا علم أن خصمه لا يظلمه هذا الوالي وإنما يوصله بسطوته، إلى حقه. وارتضى

وَمَلَكَهُ إِنْ اشْتَرَاهُ، وَلَوْ غَابَ أَوْ غَرِمَ قِيمَتَهُ إِنْ لَمْ يُمَوِّهْ وَرَجَعَ عَلَيْهِ بِفَضْلَةٍ أَخْفَاهَا، وَالْقَوْلُ لَهُ فِي تَلَفِهِ وَنَعْتِهِ وَقَدْرِهِ، وَحَلَفَ:

مات، هل يلزم الشاكي شيء أم لا؟ ص: **(ولو غاب)** ش: قال ابن الحاجب: وفيها: لو نقل الجارية لبلد ثم اشتراها من ربها في بلد آخر جاز. وقال أشهب: بشرط أن تعرف القيمة ويبذل ما يجوز فيها بناء على أصل السلامة ووجوب القيمة. ابن عرفة: إجراء القولين على الأصلين المذكورين واضح إذا اعتبر القولان من حيث ذاتهما لا من حيث قائلهما، وإجراؤهما على ذلك من حيث قائلهما مشكل لأن الأول عزاه ابن عبد السلام لابن القاسم وهو يقول الواجب فيه القيمة ووجوب القيمة لا يتأتى أن يجري عليه اعتبار أصل السلامة، وإنما يتأتى اعتبار أصل السلامة على القول في النقل أن الواجب فيه في المغصوب أخذ شيئه، وهذا إنما هو قول سحنون والثاني عزاه المؤلف لأشهب، وقوله في نقل المغصوب إن ربه مخير في أخذه أو قيمته ولم يقل بوجوب القيمة إلا ابن القاسم حسبما تقدم اللخمي انتهى. ص: **(ورجع عليه بفضلة أخفاها)** ش: قال أشهب: ومن قال إن له أخذها فقد أخطأ كما لو نكل الغاصب عن اليمين وحلفت على صفتك ثم ظهرت خلاف ذلك كنت قد أظلمته في القيمة، فيرجع عليك بما زدت عليه ولا يكون له رد الجارية. انتهى من التوضيح. وانظر لو وصفها الغاصب ثم ظهرت أنقص مما وصفها، فهل له رجوع أم لا؟ وكذلك لو وصفها المغصوب منه ثم ظهرت أزيد فتأمله. ص: **(والقول له في تلفه ونعته وقدره)** ش: لأنه غارم فهو مدعى عليه فيسأل المغصوب منه عما يدعيه ثم يوقف له الغاصب لأن المدعى عليه كما نبه على ذلك الباجي في كتاب الأقضية في قضية المزني لما نحر حاطب ناقته، وتقدم نحو هذا في آخر الرهون والله أعلم. ص: **(وحلف)** ش: قال في الوسط: أي الغاصب في دعوى التلف والقدر والوصف. وقاله في المدونة انتهى. وهذا يوهم أنه نص في المدونة على اليمين فيما إذا ادعى التلف وليس

هذا شيخنا الإمام وربما فعله في بعض حقوقه انتهى **(وملكه إن اشتراه ولو غاب)** انظر في البيوع عند قوله: «ومغصوب إلا من غاصبه» **(وغرم قيمته إن لم يموه)** من المدونة قال ابن القاسم: لو قضيت على الغاصب بالقيمة ثم ظهرت الأمة بعد الحكم، فإن علم أنه أحق بها فلربها أخذها ورد ما أخذ، وإن لم يعلم ذلك لم يأخذها ربها إلا أن تظهر أفضل من الصفة بأمر بين فله الرجوع بتمام القيمة. وقاله أشهب. ومن قال إن له أخذها فقد أخطأ **(ورجع عليه بفضله أخفاها)** تقدم نص المدونة: إن ظهرت أفضل من الصفة فله الرجوع بتمام القيمة قال: وكان الغاصب لزمته القيمة بجحد بعضها.

(والقول له في تلفه ونعته وقدره وحلف) انظر هذا الإطلاق من المدونة: من غصب أمة وادعى هلاكها واختلفا في صفتها صدق الغاصب في الصفة مع يمينه إذا أتى بما يشبه، فإن أتى بما لا يشبه صدق المغصوب منه في الصفة مع يمينه. ومن انتهب صرة ببينة ثم قال كان فيها كذا والمغصوب

كَمُشْتَرٍ مِنْهُ، ثُمَّ غَرِمَ لآخِرِ رُؤْيَتِهِ،

كذلك. قال في التوضيح: ولم أر في الأمهات وجوب اليمين على الغاصب إذا ادعى التلف لكن نص فيها في الشيء المستحق إذا كان مما لا يغاب عليه أنه يحلف إذا ادعى المشتري تلفه، وكذلك في رهن ما لا يغاب عليه ولا يمكن أن يكون الغاصب أحسن حالاً منهما، وقد نص ابن عبد السلام على وجوب اليمين هنا في التلف انتهى. وما ذكره في التوضيح نحوه للشيخ أبي الحسن الصغير. قال في المدونة: وإذا ادعى الغاصب هلاك ما غصب من أمة أو سلعة فاختلفا في صفتها صدق الغاصب مع يمينه، الشيخ: ظاهره أنه يصدق في الهلاك من غير يمين، وقد ذكر الأمة والسلعة، وقد تقدم في الشيء المستحق إذا كان مما يغاب عليه أنه يحلف إذا ادعى المشتري تلفه، وكذلك في رهن ما يغاب عليه وكيف يكون الغاصب أحسن حالاً من هؤلاء إلا إن قال: إن معنى ما قال هنا إن المغصوب منه صدقه أو أقام بينة على ما ادعى. انتهى والله أعلم. ص: **(كمشترٍ منه)** ش: ظاهره أن القول قوله في التلف وفي النعت والقدر ويحلف والمنقول أنه يصدق في هلاك ما لا يغاب عليه ولم يذكر واحلفه لكنهم شبهوه بالرهون ومن العواري، فيقتضي أنه يحلف. وإن كان مما يغاب عليه فيحلف على التلف ويغرم القيمة، وقيل لا يمين عليه وقالوا: إذا باعه يلزمه ثمنه. وقوله «مقبول في قدره» هذا ما رأيته في المسألة في التوضيح والبيان. قال في رسم استأذن من سماع عيسى من الغصب: وسئل ابن القاسم عن الرجل يشتري السلعة في سوق المسلمين فيدعيها رجل قبله ويقيم البينة أنها اغتصبت منه، فيزعم مشتريها أنها قد هلكت. قال: إن كان حيواناً فهو مصدق، وإن كانت مما يغاب عليه لم يقبل قوله وأحلف ويكون عليه قيمتها إلا أن يأتي بالبينة على هلاك من الله أتاه من اللصوص والغرق والنار ونحو ذلك، فلا يكون عليه شيء. قيل له: فإن باعها؟ قال: لا يكون عليه إلا ثمنها. قيل له: فإن قال بعتها بكذا وكذا ولم تكن له على ذلك بينة إلا قوله،

منه يدعي أكثر. فالقول قول الغاصب مع يمينه. وسمع ابن القاسم: إن انتهبها وطرحها في متلف فالقول قول المنتهب. ابن يونس: أما إذا طرحها ولم يفتحها ولم يدر ما فيها فالقول قول المنتهب منه مع يمينه فيما يشبه لأنه يدعي حقيقة، وأما إن غاب عليها وقال الذي كان فيها كذا وكذا فالقول قول المنتهب مع يمينه **(كمشتر منه ثم غرم لآخر رؤية)** سئل ابن القاسم عن الرجل يشتري سلعة فيقيم رجل بينة أنها اغتصبت منه فيزعم المشتري أنها قد هلكت قال: إن كان حيواناً فهو مصدق، وإن كان مما يغاب عليه لم يقبل قوله وحلف أنه قد هلك ويكون عليه القيمة. قيل: فإن باعها؟ قال: لا يكون عليه إلا ثمنها. وقوله مقبول في الثمن. ابن رشد: هذه مسألة صحيحة جيدة. وقوله «يحلف إذا ادعى تلف السلعة مخافة أن يكون غيبها» ومثل هذا يجب في المرتهن والمستعير والصانع يدعون تلف ما يغاب عليه. انتهى من رسم استأذن. ولما نقل ابن يونس هذا قال: فإن ريء الثوب عنده بعد شهر من يوم اشتراه وادعى ضياعه لما استحق، فالأشبه أن يضمن قيمته يوم ريء عنده بعد الشهر بخلاف

وَلِرَبِّهِ: إِمْضَاءُ بَيْعِهِ،

أيصدق على ذلك؟ قوله مقبول في ذلك لأنه قد يعرف الشيء في يديه ثم يتغير عنده قبل أن يبيعه بكسر أو عور أو شيء يصيبه. ابن رشد: إنما قال إنه يحلف إذا ادعى تلف السلعة التي اشترى ويغرم قيمتها مخافة أن يكون غيبها انتهى. وقال في التوضيح: قيل: وإذا صدق فيما لا يغاب عليه فإنما ذلك إذا لم يظهر كذبه كالرهن والعارية. وقال أصبغ: يصدق في الضياع فيما لا يغاب عليه مع يمينه. ابن عبد السلام: وإذا بنينا على المشهور وضمناه فخرّج بعضهم قولاً بعدم اليمين. انتهى فتأمله والله أعلم. ص: (ولربه إمضاء بيعه) ش: قال في المدونة: ومن غصب عبداً أو أمة ثم باعها ثم استحقها رجل وهي بحالها فليس له تضمين الغاصب القيمة وإن حالت الأسواق، وإنما له أن يأخذها أو يأخذ الثمن من الغاصب كما لو وجدها بيد الغاصب وقد حالت أسواقها، فإن أجاز ربها البيع بعد أن هلك الثمن بيد الغاصب فإن الغاصب يغرمه وليس الرضا ببيعه يوجب حكم الأمانة في الثمن انتهى. وقال اللخمي: إذا باع الغاصب العبد ثم أتى صاحبه ولم يتغير سوقه ولا بدنه، كان بالخيار بين أن يجيز البيع أو يأخذه ويرجع المشتري بالثمن. ثم قال: وإن كان العبد قائم العين وأجاز المغصوب منه البيع لزم المشتري إلا أن يكون المغصوب منه فاسد الذمة بحرام أو غيره. واختلف إذا كان المشتري قد دفع الثمن إلى الغاصب والغاصب فقير وقد أجاز المستحق البيع، فقيل: لا شيء له على المشتري. وقيل: يأخذ منه الثمن. وهذا على القول بأن العقد بيع فيكون قد أجاز البيع دون

الصانع والمرتهن يدعي ضياعه بعد أن ريء عنده بعد شهر فهؤلاء لا يضمنون قيمته يوم قبضوه. والفرق أن هؤلاء قبضوه على الضمان فلما غيبوه بعد شهر أمكن أن يكون إنما قبضوه ليستهلكوه فأشبهوا المتعدي، والمشتري إنما قبضه لأنه ملكه لكن قد قيل: إنه إذا لبسه أنه يضمن قيمته يوم لبسه وهو غير متعدٍ في لبسه. والجواب عن هذا انظره في ثالث ترجمة من الغصب. وانظر رجوع المشتري في هذه على البائع نقل ابن سلمون أنه إن كان عند القيام عليه ادعى مدفعاً لم يكن له بعد ذلك رجوع على البائع. وانظر هذا مع ما يأتي عند قوله «لا إن قال داره». وانظر من هذا المعنى في رسم الصلاة من سماع يحيى في البضائع قال ابن القاسم فيمن استحقت من يده دابة وهو مقر أنها أنتجت عند بائعها: إنه لا رجوع له عليه لأنه يعلم أنه مظلوم. ونقل ابن رشد رأي أشهب في أحد قوليه أنه يرجع لأنه يقول له بسببك وصل إلى الغرم. (ولربه إمضاء بيعه) من المدونة: من غصب عبداً أو دابة فباعها ثم استحقها رجل وهي بحالها، فليس له تضمين الغاصب قيمتها وإن حالت الأسواق، وإنما له أن يأخذها أو يأخذ الثمن من الغاصب. قال مالك: من ابتاع ثوباً من غاصب ولم يعلم فلبسه حتى أبلاه ثم استحق، غرم المبتاع القيمة لربه يوم لبسه وإن شاء ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب، أو أجاز بيعه وأخذ الثمن. ولو تلف الثوب عند المبتاع بأمر من الله لم يضمنه، ولو تلف عند الغاصب بأمر من

وَنَقْضُ عِتْقِ المُشْتَرَى، وَإِجَازَتُهُ وَضَمِنَ مُشْتَرٍ لَمْ يَعْلَمْ فِي عَمْدٍ؛ لاَ سَمَاوِيٍّ، وَغَلَّةٍ، وَهَلِ الْخَطَأُ كَالْعَمْدِ؟ تَأْوِيلاَنِ،

القبض، وعلى القول أن المبيع التقابض لا يكون له على المشتري شيء انتهى. ونقل في النوادر القولين وضعف الثاني وأنكره. انظره في كتاب الاستحقاق.

تنبيه: قال اللخمي: وإن علم المشتري أن البائع منه غاصب وأحب المبتاع رد البيع قبل قدوم المغصوب منه، لم يكن له ذلك إذا كان قريب الغيبة، وله ذلك إذا كانت الغيبة بعيدة لأن عليه في وقفه في ضمانه حتى يقدم ضرراً. انتهى. فيكون بمنزلة بيع الفضولي.

مسألة: إذا كان طعام أو غيره مشتركاً بين شخصين فغصب منه ظالم حصة أحدهما، فهل ذلك بين الشريكين أو خاص بمن أخذ باسمه قال ابن أبي زيد: الذي عندي أن المأخوذ بينهما والباقي بينهما، وكذلك أفتى السيوري. ذكره عنه البرزلي في مسائل الغصب وبحث في ذلك فانظره. ص: **(لا سماوي)** ش: قال في المدونة: ولو مات عند المبتاع لا شيء عليه. قال أبو الحسن عن ابن يونس: قال ابن المواز: قال أشهب: وإن استحقت بحرية يعني وقد ماتت رجع المشتري على بائعها بالثمن، وكذا إذا استحقت بأنها أم ولد أو معتقة إلى أجل وقد ماتت، وإن كانت مدبرة لم يرجع بشيء، ابن المواز: ومثله عندنا المكاتبة. انتهى ونحوه في كتاب الاستحقاق من النوادر.

الله ضمنه **(ونقض عتق المشترى وإجازته)** من المدونة قال: من غصب أمة فباعها فقام ربها وقد أعتقها المبتاع فله أخذها ونقض العتق، نقصت أم زادت. وله أن يجيز البيع فإن أجازه ثم العتق بالعقد الأول **(وضمن مشتر لم يعلم في عمد لا سماوي)** انظر قبل الفرع قبل هذا **(ولا غلة)** من المدونة قال ابن القاسم: من ابتاع داراً أو عبيداً من غاصب ولم يعلم فاستغلهم زماناً ثم استحقوا فالغلة للمبتاع بضمانه، وكذلك إذا ورثهم عن أبيه ولم يدر بما كانوا لأبيه فاستغلهم ثم استحقوا فالغلة للوارث. ولو وهب ذلك لأبيه رجل، فإن علم أن الواهب لأبيه هو الذي غصب هذه الأشياء من المستحق أو من رجل هذا المستحق وارثه فغلة ما مضى للمستحق، فإن جهل أمر الواهب أغاصب أهو أم لا فهو على الشراء حتى يعلم أنه غاصب انتهى. وانظر هنا مسألة من ورث مالاً فاستحق حبساً فيها في نوازل ابن سهل على قول ابن القاسم لإخراج عليه، ونزلت بقرطبة فقضى فيها بهذا. قال ابن سهل: قول ابن القاسم المشار إليه هو قوله في المدونة: من اشترى بكراً فوطئها ثم استحقت بحرية لا شيء عليه لا صداق ولا ما نقصها **(وهل الخطأ كالعمد تأويلان)** من المدونة قال ابن القاسم: لو قتل الجارية مبتاعها من غاصب لم يعلم بغصبه فلربها أخذه بقيمتها يوم القتل ثم يرجع هو على الغاصب بالثمن، لأن مالكاً قال: ما ابتاعه أي من طعام فأكله أو ثياب فلبسها حتى أبلاها فلمستحق ذلك أخذه بمثل الطعام وقيمة الثوب، وإنما يسقط عن المبتاع كل ما عرف هلاكه من أمر الله، وأما ما كان هلاكه من سببه فإنه يضمنه. قال عيسى عن ابن القاسم: وذلك إذا كان عمداً، وأما في الخطأ فهو كما لو ذهب ذلك

وَوَارِثُهُ، وَمَوْهُوبُهُ إِنْ عَلِمَا: كَهُوَ؛ وَإِلاَّ بُدِيء بِالْغَاصِبِ،

مسألة: من استحق بعد أن تداولته الأملاك بحرية تراجع بائعوه كل واحد على صاحبه، وكذلك إذا استحق برق وأخذه مستحقه وأجاز البيع الأخير، وهو صريح في كتاب الاستحقاق من النوادر. ويؤخذ من المسألة الثانية من سماع عبد الملك من الاستحقاق وهي أيضاً في نوازل ابن رشد في الاستحقاق، وفي أحكام ابن سهل في الاستحقاق، وفي جامع القول في العمدة في الدرك من النوادر، وفي سماع أصبغ ويحيى من كتاب البيوع. وانظر أبا الحسن في كتاب الشفعة في مسألة الشقص إذا تكرر بيعه، وانظر رسم أوصى من سماع عيسى من كتاب العيوب، وانظر أول سماع عيسى من كتاب العارية. وقال في كتاب الرهون من المدونة: وقال

بأمر من الله. وقال أشهب: الخطأ كالعمد لأنه جناية. ابن رشد: تفرقة ابن القاسم في سماع عيسى تفسير قوله في المدونة إذا لم يفرق فيها بين عمد وخطأ. وابن عرفة: ظاهر كلام الشيخ أن قول أشهب وفاق لابن القاسم وعليه حمل بعضهم المدونة. انظر ثالث ترجمة من ابن يونس **(ووارثه وموهوبه إن علما كهو)**. ابن عرفة فيها مع غيرها: من ابتاع شيئاً من غاصب أو قبله وهو عالم أنه غاصب فهو كالغاصب في الغلة والضمان **(وإلا بدىء بالغاصب)** أما بالنسبة إلى المشتري يأكل الطعام ويلبس الثياب فقال مالك: للمستحق أن يبتدىء بأيهما شاء، وأما بالنسبة للموهوب فلا يتبعه المستحق إلا إن كان الغاصب عديماً أو لم يوجد أو وجد ولم يقدر عليه. ووجه هذا أن المشتري إذا غرم اتبع الغاصب بخلاف الموهوب إذا أغرم لم يرجع عليه إذ لا عهدة له على الغاصب وهو يقول لم ألبس على معاوضة، فلا يجب علي إذا كان ثم من يرجع عليه. وقال أشهب: يبتدىء بأيهما شاء. قال ابن يونس: بهذا أقول ولا يكون الموهوب أحسن حالاً من المشتري، وأما بالنسبة إلى الوارث من المدونة قال ابن القاسم: من غصب داراً أو عبيداً فوهبهم لرجل فاغتلهم وأخذ كراءهم ثم قام مستحق، فإن كان الموهوب له عالماً بالغصب فللمستحق الرجوع بالغلة على أيهما شاء، وإن لم يعلم بالغصب فللمستحق أن يرجع أولاً بالغلة على الغاصب، فإن كان عديماً رجع بها على الموهوب. وكذلك من غصب ثوباً أو طعاماً فوهبه لرجل فأكله، أو لبس الثوب حتى أبلاه، أو كانت دابة فباعها وأكل ثمنها، ثم استحقت هذه الأشياء بعد فواتها بيد الموهوب، فعلى ما ذكرنا. ولو أن الغاصب نفسه اغتل العبد وأخذ كراء الدار لزمه أن يرد الغلة، والكراء ولو مات الغاصب وترك هذه الأشياء فاستغلها ولده كانت هذه الأشياء وغلتها للمستحق قال ابن القاسم: والموهوب لا يكون في عدم الواهب أحسن حالاً من الوارث. ألا ترى أن من ابتاع قمحاً فأكله أو ثياباً فلبسها حتى أبلاها أو شاة فذبحها وأكل لحمها ثم استحق ذلك رجل أن له على المبتاع غرم ذلك كله، ولا يوضع ذلك عنه لأنه اشتراه. وإن هلك ذلك بيد المبتاع بأمر من الله بغير سببه وانتفاعه، فإن لم يعلم بالغصب وقامت بهلاك ما يغاب عليه من ذلك بينة فلا شيء عليه، ولا يضمن ما هلك من الحيوان والربع لو انهدم بغير سببه، فكما كان المشتري حين أكل ولبس لم يضع عنه الاشتراء الضمان كان من وهبه الغاصب فاستغل أحرى أن يرد ما استغل في عدم الواهب لأنه أخذ هذه الأشياء بغير ثمن. قال أبو محمد: وقال أشهب: إن من وهب

وَرَجَعَ عَلَيْهِ بِغَلَّةِ مَوْهُوبِهِ؛ فَإِنْ أَعْسَرَ: فَعَلَى المَوْهُوبِ، وَلُفِّقَ شَاهِدٌ بِالْغَصْبِ لآخَرَ عَلَى إِقْرَارِهِ بِالغَصْبِ: كَشَاهِدٍ بِمِلْكِكَ: لِثَانٍ بِغَصْبِكَ. وَجُعِلْتَ ذَا يَدٍ؛ لاَ مَالِكاً؛ إِلاَّ أَنْ تَحْلِفَ مَعَ شَاهِدِ

مالك فيمن باع سلعة فاستحقها صاحبها وقد دارت في أيدي رجال: إنه يأخذ الثمن من أيهم شاء. ص: **(ولفق شاهد بالغصب لآخر على إقراره بالغصب الخ)** ش: ظاهر كلامه أنه يحتاج إلى يمينين وهو كذلك. قال في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب العارية: وسئل عن امرأة أعارت لأخرى حجلة لها ولم يشهد على ذلك إلا امرأتان فتزوجت المستعيرة ودخلت المعيرة إلى الريف فأقامت عشر سنين ثم ماتت المستعيرة، فأتت المعيرة تطلب الحجلة وأنكر ورثة المستعيرة فشهد المرأتان بالعرية وقد غابت الحجلة. قال ابن القاسم: تحلف المرأة مع شهادة المرأتين بالله الذي لا إله إلا هو ما قضتها بعد عاريتها ولا باعت ولا وهبت وتستحق ذلك في مال المتوفاة. قال محمد بن رشد: قوله «إن المرأة تحلف مع شهادة المرأتين» إلى آخره معناه بعد يمينها مع شهادتهما لقد أعارتها إياها وهذا ما لا خفاء به، وإنما سكت عنه للعلم به

الغاصب له الغلة إذا لم يعلم بالغصب كالمشتري قال: ولم يختلف ابن القاسم وأشهب أن ما استغل المشتري من قليل أو كثير أو سكن أو زرع ولا شيء عليه من غلة أو كراء، ولا على الغاصب الذي باع منه، ويرجع المبتاع بجميع الثمن على الغاصب لا يحاسبه بشيء من غلة أو كراء إلا أن يعلم المشتري بغصبه قبل الشراء فيكون كالغاصب **(ورجع عليه بغلة موهوبة فإن أعسر فعلى الموهوب)** من المدونة: ومن ابتاع من غاصب ولم يعلم دوراً أو أرضين أو حيواناً أو ثياباً أو ماله غلة أو نخلاً فأثمرت عنده، فالثمرة والغلة للمبتاع بضمانه إلى يوم يستحقها ربها، ولو كان الغاصب إنما وهبه ذلك لرجع المستحق بالغلة على الموهوب في عدم الغاصب، ويكون للموهوب من الغلة قيمة عمله وعلاجه **(ولفق شاهد بالغصب لآخر على إقراره بالغصب)** من المدونة قال ابن القاسم: وإن أقمت شاهداً أن فلاناً غصبك هذه الأمة وشاهداً آخر على إقرار الغاصب أنه غصبك تمت الشهادة **(كشاهد بملكك لثان بغصبك)** من المدونة قال ابن القاسم: وإن أقمت شاهداً أن فلاناً غصبك هذه الأمة وشاهداً آخر أنها لك فقد اجتمعا على إيجاب ملكك لها، فيقضي لك بها بعد أن تحلف أنك ما بعت ولا وهبت كمن استحق شيئاً ببينة، وذلك إذا ادعاها الغاصب لنفسه لأنهما لم يجتمعا على إيجاب الغصب. ابن يونس: وقال بعض الفقهاء شهادتهما مختلفة فإذا لم تفت حلف مع أي الشاهدين شاء، فإن حلف مع شاهد الملك حلف إن شاهده شهد بحق وأنه ما باع ولا وهب، وإن حلف مع شاهد الغصب حلف لقد شهد شاهد بحق فقط وردت إلى يده بالحيازة فقط، لأن شاهد الغصب لم يثبت له ملكاً وشاهد الملك لم يثبت له غصباً. ويمكن أن يكون خرجت من يده ببيع إلى الذي هي بيده، فلما لم يجتمعا على ملك ولا غصب حلف كما قدمنا. قال ابن القاسم: ولو دخل الجارية نقص كان لك أن تحلف مع الشاهد بالغصب وتضمن الغاصب بالقيمة **(وجعلت ذايد لا مالكاً)** لم يذكر هذا في المدونة فانظر إتيان ابن يونس به هل هو تفسير للمدونة، وانظر قوله «وجعلت حائزاً» إنما قال هذا بعض الفقهاء إذا حلف مع شاهد الغصب ولم يذكر خليل أنه يحلف **(إلا أن تحلف مع شاهد**

المِلْك، وَيَمِينِ الْقَضَاءِ وَإِنْ ٱدَّعَتِ اسْتِكْرَاهاً عَلى غَيْرِ لَائِقٍ بِلاَ تَعَلُّقٍ، حُدَّتْ لَهُ، وَالمُتَعَدِّي: جَانٍ عَلَى بَعْضٍ غَالِباً؛ فَإِنْ أَفَاتَ الْمَقْصُودَ: كَقَطْعِ ذَنَبِ دَابَّةٍ ذِي هَيْئَةٍ، أَوْ أُذُنِهَا، أَوْ طَيْلَسَانِهِ، أَوْ لَبَنِ شَاةٍ هُوَ المَقْصُودُ، وَقَلْعُ عَيْنَيِ عَبْدٍ أَو يَدَيْهِ فَلَهُ أَخْذُهُ وَنَقْصُهُ، أَوْ قِيمَتُهُ،

إذ لا يخفى أنها لا تستحق العارية بشهادة المرأتين دون يمين فأراد أنها تكتفي بحلفها مع شهادة المرأتين أنها أعارتها دون أن تحلف ما قبضتها بعد عاريتها ولا باعت ولا وهبت، ولا بد أيضاً أن تحلف على صفتها فيكون في مال المتوفاة ما قومت به الصفة التي حلفت عليها وبالله التوفيق. انتهى. ص: **(وإن ادّعت استكراهاً على غير لائق بلا تعلق حدت له)** ش: لم يشرح الشيخ بهرام هذه المسألة، ويوجد في كثير من شروحه بياض لشرحها. ومفهوم قوله إنها

الملك ويمين القضاء) تقدم قول بعض الفقهاء إن حلف مع شاهد الملك حلف أنه ما باع ولا وهب **(وإن ادعت استكراها على غير لائق بلا تعلق حدت له)** نقل ابن عرفة هذا في النكاح في فصل الطلاق، وذكره ابن رشد في الغصب قال: من استكره أمة أو حرة فوطئها فعليه في الحرة صداق مثلها، وفي الأمة ما نقصها، بكراً كانت أو ثيباً. وهذا إذا ثبت الوطء ببينة أو بإقراره وادعت هي ذلك مع قيام البينة على غيبته عليها، وأما إن ادعت أنه استكرهها ولا بينة لها فإن كان رجلاً صالحاً لا يليق به ذلك ولم تأت متعلقة به فلا خلاف أنه لا شيء على الرجل وأنها تحد له حدّ القذف وحدّ الزنا إن ظهر بها حمل، وإن لم يظهر بها حمل فتحد أيضاً على قول ابن القاسم إلا أن ترجع عن قولها. وإن أتت متعلقة بهذا الرجل الصالح فهذا يسقط عنها حدّ الزنا لما بلغت من فضيحة نفسها وتحد له حدّ القذف عند ابن القاسم، وإن ادّعت ذلك على فاسق ولا تأتي متعلقة به فهذا لا تحد له حد القذف ولا تحد أيضاً حد الزنا إلا أن يظهر بها حمل ولا صداق لها، وينظر الإمام في أمره. وإن أتت متعلقة بهذا الفاسق فيسقط عنها حد القذف وحد الزنا وإن ظهر حمل. راجع المقدمات ففيه طول **(والمتعدي جان على بعض غالباً)** تقدم قول ابن يونس: المتعدي إنما جنى على بعض السلعة والغاصب غصب جميعها. ابن عبد السلام: الفرق بين المتعدي والغاصب مشكل. فقول ابن الحاجب المتعدي جانٍ على بعض لا يعم جميع صور التعدي لأن المكتري إذا زاد في المسافة حكم له بالتعدي. ابن عرفة: التعدي التصرف في شيء بغير إذن ربه دون قصد تملكه **(فإن أفات المغصوب كقطع ذنب دابة ذي هيئة أو أذنها أو طيلسانه أو لبن شاة هو المقصود وقلع عيني عبد أو يديه فله أخذه ونقصه أو قيمته)** اللخمي: التعدي على أربعة أوجه: يسير لم يبطل الغرض المقصود منه، ويسير يبطل الغرض المقصود منه، وكثير لم يبطل الغرض منه، وكثير بطل ذلك منه. فاليسير الذي يبطل الغرض المقصود منه فيه خلاف. قال ابن القصار: يضمن جميعه. قال: فإن قطع ذنب دابة القاضي أو أذنها ضمنها، وكذا مركوب كل من يعلم أن مثله لا يركب مثل ذلك فذلك سواء، وسواء كانت الدابة حماراً أو بغلاً أو غيره، ولا فرق بين المركوب والملبوس كقلنسوة القاضي وطيلسانه وعمامته، وكذا من يعلم أنه لا يلبس مثل لذلك المجني عليه ولا يستعمله فيها قصد إليه، وهذه هي الرواية المشهورة عن مالك. وقال ابن

مواهب الجليل/ جـ٧/ ٢٢٥

وَإِنْ لَمْ يُفِتْهُ فَنَقْصُهُ: كَلَبَنِ بَقَرَةٍ. وَيَدِ عَبْدٍ أَوْ عَيْنِهِ، وَعَتَقَ عَلَيْهِ، إِنْ قُوِّمَ، وَلاَ مَنْعَ لِصَاحِبِهِ فِي الْفَاحِش عَلَى الأَرْجَحِ،

لو تعلقت به لم تحد له وأنه لو كان لائقاً به لم تحد ولو لم تتعلق به. وقال في الإكمال في حديث جرير في كتاب البر والصلة: ولو ادّعت امرأة مثل هذا عندنا على أحد من المسلمين، حدت له للقذف وكذبناها ولا يقبل منها دعواها، ولم يلحقه تبعة بقولها إلا أن تأتي به متعلقة تدمي مستغيثة لأول حالها وكان ممن لم يشتهر بخير ولا عرف بزنا. وأما إن جاءت متعلقة بمن لا يليق به ذلك فلا شيء عليه، واختلف عندنا في حدها لقذفه، فقيل تحد، وقيل لا تحد لما بلغت في فضيحة نفسها ولا حد عليها للزنا، ولبعض أصحابنا في المشتهرة بذلك مثل صاحبة جريج أنها تحد للزنا على كل حال ولا تصدق بتعلقها وفضيحتها نفسها لأنها لم تزل مفتضحة بحالها، وهذا صحيح في النظر. انتهى. ص: **(وإن لم يفته فنقصه)** ش: تصوره ظاهر.

مسألة: من استهلك فرد خف لرجل أنه لا يلزمه قيمته على انفراده وإنما يلزمه ما نقص

يونس: قال مطرف وابن الماجشون: لو تعدى على شاة بأمر قل لبنها به، فإن كان عظم ما تراد له اللبن ضمن قيمتها إن شاء ربها، وإن لم تكن غزيرة اللبن فإنما يضمن ما نقصها. وأما الناقة والبقرة فإنما فيهما ما نقصهما وإن كانت غزيرة اللبن لأن فيها منافع غير ذلك باقية. ومن المدونة: من فقأ عيني عبد رجل أو قطع يديه جميعاً فقد أبطله ويضمن الجارح قيمته ويعتق عليه، وإن لم يبطله مثل أن يفقأ عيناً واحدة أو جدع أنفه وشبهه فعليه ما نقصه ولا يعتق عليه. ابن رشد: إن قطع اليد الواحدة من صانع ضمن اتفاقاً قيمته **(وإن لم يفته قبضه)**.

اللخمي: إن كان التعدي يسيراً ولَم يبطل الغرض منه لم يضمن بذلك. قال مالك: فإن كان ثوباً رفاه أو قصعة أصلحها وغرم ما نقصها بعد الإصلاح، وإنما لزمه إصلاحه لأن صاحبه لا يقدر على استعماله إلا بعد إصلاحه وقد كان في مندوحة عن ذلك، وليس هذا من القضاء بالمثل فيما قل قدره ولو كان ذلك ما غرم النقص بعد الإصلاح، لأن من غرم مثل ما تعدى عليه لم يكن عليه غرم آخر. وقد تكون قيمة الثوب سالماً مائة ومعيباً تسعين ويغرم في رفوه عشرة، ثم تكون قيمته خمسة وتسعين فيخسر المتعدي خمسة. وقد لا يريد الإصلاح. واختلف في هذا الأصل هل يغرم الجارح أجر الطبيب؟ فقيل: ذلك عليه فإن برىء على شين غرمه أيضاً، وهذا قول موافق للرفو أنه على المتعدي. وقيل: إن ذلك على المجروح فإن برىء على غير شين لم يكن على الجارح شيء وفي هذا ظلم على المجروح، والأول أحسن أن على الجاني الرفو وأجرة الطبيب. قال: وأما إن كان التعدي كثيراً ولم يبطل الغرض المقصود منه فإن حكمه حكم اليسير **(كلبن بقرة)** تقدم نقل ابن يونس أن الناقة والبقرة فإنما فيهما ما نقصهما **(ويد عبداً وعينه)** تقدم النص لهذا وقول ابن رشد إلا يد الصانع **(وعتق عليه إن قوم)** تقدم نص المدونة: إن غرم قيمة العبد عتق عليه **(ولا منع لصاحبه في الفاحش على الأرجح)**. ابن يونس عن بعض الفقهاء: معنى قول ابن القاسم أن الجاني على العبد جناية مفسدة يغرم القيمة ويعتق عليه إنما هذا إذا طلب ذلك سيده، وأما إن أراد أخذ عبده وما نقصه فله ذلك. ابن يونس: هذا

وَرَفَا الثَّوْبَ مُطْلَقاً، وَفِي أُجْرَةِ الطَّبِيبِ: قَوْلاَنِ.

من قيمتهما جميعاً. انتهى من شرح المسألة الثالثة من كتاب السداد والأنهار من البيان. وفي المسائل الملقوطة: الصحيح فيمن استهلك أحد المزدوجين أو أحد الأشياء التي لا يستغني بعضها عن بعض أنه يغرم قيمة المستهلك مع قيمة عيب الباقي منهما. وقيل: بوجوب قيمتهما. واختلف فيمن استهلك سفراً من ديوان في سفرين بعضهم يرد السالم وما نقصه من ذهاب أخيه ويغرم قيمة الهالك. وفي شرح الرسالة للقاضي عبد الوهاب أنه يغرم قيمة الجميع اهـ. من تسهيل المهمات في قوله في بيع الخيار «وإذا تعدد المبيع». انتهى كلام المسائل الملقوطة ونحو ذلك في التوضيح.

مسألة: قال ابن كنانة: أكره أن يأخذ الرجل من شجرة غيره غرساً إلا بإذنه. قال محمد بن رشد: أما إذا أخذ من شجرة غيره ملوخاً يغرسها في أرضه وكان ما امتلخ منها لا قيمة له ولا ضرر فيه على الشجرة التي امتلخت منها، فهذا الذي ذكره ابن كنانة والله أعلم. وأما إن كان لما امتلخ منها قيمة أو كان ذلك يضر بالشجرة التي امتلخت منها، فلا يجوز لأحد أن يفعله إلا بإذن صاحب الشجرة، قال رسول الله ﷺ: «لا يحل مال امرىء مسلم إلا

خلاف ظاهر قول ابن القاسم، والصواب والذي اختاره أنه إذا أفسده هكذا أن يغرم الجاني قيمته ويعتق عليه على ما أحب أو كره لأن قيمته عوضه فهو مضار في ترك قيمته صحيحاً وأخذ ما لا ينتفع به وإحرام العبد العتق، وإن لم يفسده مثل أن يفقأ عينه الواحدة أو يقطع يده الواحدة ولم تذهب بها أكثر منافعه، فالسيد مخير بين أخذه وما نقصه لأنه ينتفع به أو يغرم الجاني قيمته ويعتق عليه أدباً له لتعديه وظلمه كما قال مالك وأشهب. وأما إن كانت الجناية يسيرة مثل أن يجدع أنفه أو يقطع أذنه أو يقطع أصبعه ولم يفسده ذلك فليس عليه إلا غرم ما نقصه **(ورفا الثوب)** من المدونة قال ابن القاسم: من تعدى على صحفة أو عصا لرجل فكسرها أو خرق له ثوباً فإن أفسد ذلك فساداً كثيراً خير ربه في أخذ قيمته جميعه أو أخذه بعينه أو أخذ ما نقصه من المتعدي، وإن كان الفساد يسيراً فلا خيار لربه وإنما له ما نقصه بعد رفو الثوب. ابن يونس: قال بعض أصحابنا: إذا أفسد الثوب فساداً كثيراً واختار ربه أخذه وما نقصه فإنما يعني بعد أن يرفأ الثوب أو يخاط وتشعب له القصعة ونحو ذلك كما قال في الفساد اليسير إنه يأخذ الثوب وما نقصه بعد الرفو، لا فرق بين اليسير والكثير بخلاف الجناية على الحيوان هذا ليس على الجاني أن يغرم ما نقص بعد أن يداوي له الدابة. والفرق بينهما أن ما ينفق على المداواة غير معلوم ولا يعلم هل ترجع إلى ما كانت عليه أم لا، والرفو والخياطة معلوم ما ينفق عليهما ويرجعان إلى ما كانا. ابن يونس: وهذا الذي ذكر في الفساد الكثير في الثوب أنه يأخذه وما نقصه بعد الرفو خلاف ظاهر وجه فساده أنه قد يغرم في رفو الثوب أكثر من قيمته صحيحاً وذلك لا يلزمه **(مطلقاً)** تقدم نقل ابن يونس: لا فرق بين اليسير والكثير وهو الذي اقتصر عليه في النكت لا أن ابن يونس قال إن ظاهر قولهم خلافه **(وفي أجرة الطبيب قولان)** تقدم قول ابن

فصل في الاستحقاق

عن طيب نفس منه» فإن فعل ذلك بغير إذنه دلالة عليه لسبب بينه وبينه يقتضي الإدلال عليه، فعليه أن يتحلله من ذلك، فإن حلله وإلا غرم له ذلك عوداً مكسوراً يوم امتلخه وليس له أن يقلعه ويأخذه، وعليه مع ذلك قيمة ما نقص من الشجرة التي امتلخ منها. وإن فعل ذلك غصباً أو تعدياً بلا إذن صاحبه ولا دلالة عليه ممن يستوجب الدلالة، فله أن يقلعه ويأخذه وإن كان قد علق إلا أن يكون بعد طول مدة زمان وبعد نماء أو زيادة بينة فلا يكون له أن يأخذه بعينه، وتكون له قيمته يوم امتلخه من شجرة عوداً ميتاً مكسوراً، وإن كان أضر بالشجرة كان عليه ما نقص مع قيمة ما نقص من الشجرة. هذا قول أصبغ في الواضحة. وقال سحنون: إنما يكون أولى بغرسه إذا كان إن قلعه وغرسه ينبت، وإن كان لا ينبت فله قيمته ولا سبيل له إلى قلعه، وكان ربيعة يقول في مثل هذا: وإن نبت فإنما له قيمته أو غرس مثله، وأما إن قلع من بستانه غرساً فغرسه في أرضه دلالة على صاحب البستان، فله أن يقلعه ويأخذه وإن كان قد نبت وعلق إلا أن يتطاول أمره ونما نماء بيناً فلا يكون له قلعه وتكون له قيمته يوم اقتلعه نابتاً لأن دلالته عليه إذا كان من أهل الدلالة شبهة تمنع، ولو كان اقتلعه غصباً غير مدل لكان صاحب الغرس أحق بغرسه وإن كان قد نبت في أرضه وطال زمانه وثبتت زيادته لأنه شبهة بعينه أخذها حياً فنما وزاد ونبت فهو كالغاصب يغصب أو يسرق ثم يجده صاحبه وقد كبر ونبت ونما وزاد فهو أبداً أحق به، وسواء كان مما ينبت إن غرس بعد قلعه من أرض الغاصب أو مما لا ينبت، هو أحق به إلا أن يشاء أن يسلمه ويأخذ قيمته نابتاً يوم قلعه فيكون ذلك له، ابن حبيب في الواضحة عن أصبغ وبالله التوفيق. انتهى من أواخر كتاب الجامع من البيان. ومنه أيضاً: وسئل ابن كنانة عن الكرم يقطف والزيتون يجنى والزرع يحصد، هل يجوز لأحد أن يأخذ بقيته؟ قال: إن كان أهله تركوه لمن أخذوه فلا بأس بأكله، وإن كانوا يريدون الرجعة له فلا يجوز لأحد أخذه، قال ابن رشد: هذا كما قال، والمعنى فيه بين إن علم صاحبه تركه لمن أخذه من فقير أو غني، وأما إن خشي أنه إنما تركه لمن أخذه من المساكين فلا ينبغي لغني أن يأكل منه شيئاً وبالله التوفيق. انتهى والله أعلم.

باب الاستحقاق

لم يبين المصنف حقيقته وحكمه وسببه وشروطه وموانعه ولا يتصور إلا بمعرفة ذلك.

يونس: ليس على الجاني أن يداوي وما نقل غير هذا. وقد تقدم أن اللخمي حكى الخلاف قال: إن الأحسن أن على الجاني أجر الطبيب والرفو.

فصل

ابن عرفة: الاستحقاق ترجمة من تراجم كتب المدونة وهي رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله أو

وَإِنْ زَرَعَ فَاسْتُحِقَّت فَإِنْ لَمْ يُنْتَفَعْ بِالزَّرْعِ: أُخِذَ بِلاَ شَيْءٍ،

قال ابن عرفة: وهو من تراجم كتبها. أما حقيقته فقال ابن عرفة: هو رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله أو حرية كذلك بغير عوض. فيخرج العتق ومطلق رفع الملك بملك بعده وما وجد في المقاسم بعد بيعه أو قسمه لأنه لا يؤخذ إلا بثمن انتهى. وقال في اللباب: هو الحكم بإخراج المدعى فيه الملكية من يد حائزه إلى يد المدعي بعد ثبوت السبب والشروط وانتفاء الموانع. وأما حكمة فقال ابن عرفة: حكمه الوجوب عند تيسر أسبابه في الرفع على عدم يمين مستحقه وعلى يمينه مباح كغير الربع لأن الحلف مشقة انتهى. وأما سببه فهو قيام البينة على عين الشيء المستحق أنه ملك للمدعي لا يعلمون خروجه ولا خروج شيء منه عن ملكه حتى الآن والشهادة في أنها لم تخرج عن ملكه إنما يكون على نفي العلم في قول ابن القاسم المعمول به. قاله في اللباب. وأما شروطه فثلاث، الأول: الشهادة على عينه إن أمكن وإلا فحيازته وهي أن يبعث القاضي عدلين، وقيل أو عدلاً مع الشهود الذين شهدوا بالملكية فإن كانت داراً مثلاً قالوا لهما مثلاً هذه الدار هي التي شهدنا عند القاضي فيها الشهادة المقيدة أعلاه. الثاني: الإعذار في ذلك إلى الحائز فإن ادّعى مدفعاً أجله فيه بحسب ما يراه. الثالث: يمين الاستبراء واختلف في لزومها على ثلاثة أقوال: الأول: أنه لا بد منها في جميع الأشياء. قاله ابن القاسم وابن وهب وابن سحنون. والثاني: لا يمين في الجميع أيضاً. قاله ابن كنانة. الثالث: أنه لا يحلف في العقار ويحلف في غيره وهو المعمول به عند الأندلسيين، وفي سجلات الباجي: لو استحق ذلك من يد غاصب لم يحلف. قال ابن سلمون: ولا يمين على مستحق الأصل إلا أن يدعي عليه خصمه ما يوجبها. وقيل: لا بد من اليمين كالعروض والحيوان انتهى. ثم قال: وأما غير الأصول من الدواب والرقيق والعروض وغيرهما فيكتب في استحقاقها يعرف شهوده فلاناً

حرية كذلك بغير عوض **(وإن زرع فاستحقت فإن لم ينتفع بالزرع أخذ بلا شيء)** انظر آخر صفحة من كتاب الشركة من ابن يونس. قال ابن القاسم: من تعدى على أرض رجل فزرعها فقام ربها وقد نبت الزرع، فإن قام في إبان يدركه فيه الحرث فله قلعه تريد في قلعه المتعدي، وإن فات الإبان فله كراء أرضه. أشهب: وكذلك غاصب الأرض. قال ابن القاسم وأشهب: وإن كان الزرع صغيراً إذا قلع لا منفعة فيه للغاصب قضى به لرب الأرض بلا ثمن ولا زريعة ولا شيء. قال ابن المواز: ولو كان صغيراً جداً في الإبان فأراد رب الأرض تركه ويأخذ الكراء لم يجز ذلك لأنه يحكم به لرب الأرض فكأنه يبيع زرعاً لم يبد صلاحه مع كراء الأرض. قال ابن القاسم: وإذا كان في الإبان وهو إذا قلع انتفع به فلرب الأرض أن يأخذ منه الكراء أو يأمره بقلعه إلا أن يتراضيا على أمر يجوز، وإن رضي الزارع أن يتركه لرب الأرض جاز إذا رضي رب الأرض وإن لم يكن في قلعه نفع ترك لرب الأرض إلا أن يأباه فيأمره بقلعه. قال عبد الوهاب: وإنما كان له قلعه لقوله عليه السلام «ليس

وَإِلاَّ فَلَهُ قَلْعُهُ؛ إِنْ لَمْ يَفُتْ وَقْتُ مَا تُرَادُ لَهُ، وَلَهُ أَخْذُهُ بِقِيمَتِهِ عَلَى الْمُخْتَارِ؛

ويعلمون له مالاً وملكاً جارية صفتها كذا أو فرساً أو ثوباً صفته كذا، لا يعلمون له في ذلك بيعاً ولا تفويتاً ولا أنه خرج عن ملكه بوجه حتى الآن، وقيدوا بذلك شهادتهم على عين الثوب أو الفرس أو الجارية في كذا، فإذا ثبت هذا فلا بد من اليمين ونصه: حلف بإذن القاضي بعرية كذا فلان المذكور في رسم الاسترعاء بكذا بحيث يجب وكما يجب يميناً قال فيها: بالله الذي لا إله إلا هو ما بعت الفرس أو الثوب أو الجارية المشهود لي به فيه ولا فوته ولا خرج عن ملكي بوجه من وجوه الفوت حتى الآن. ومن حضر اليمين المنصوصة عن الإذن واستوعبها من الحلف وعرفه قيد على ذلك شهادته في كذا وكانت يمينه على عين الجارية والفرس وهو يشير إليهما في يمينه بيان اليمين في هذا واجبة على المشهور المعمول به بخلاف الأصول فإنه لا يمين فيها إلا على قول سحنون. وحكى ابن سهل عن ابن كنانة أنه لا يمين على مستحق العروض والحيوان إلا أن يدعي الخصم ما يوجبهما وتكون اليمين على النص المذكور أنه ما باع ولا وهب. وكان محمد بن الفرج يحلفه أنه ماله ومالكه وأنه ما باع ولا وهب. قال ابن سهل: وما تقدم هو نص المدونة، ولا يحتاج إلى ما ذكره محمد بن فرج. وفي المجموعة: إذا كانت الجارية غائبة فالشهادة فيها على النعت والاسم جائزة، فإن وجدت جواري كثيرة على تلك الصفة يحلف الحاكم المستحق وأثبتا عنده أنها واحدة منهن، وإن لم يوجد سواها لم يكلفه من ذلك شيئاً. أو في مسائل ابن الحاج: سئل في الشهادة على الصفة فقال: وقفت على الكتابين في المملوكة السوداء الموصوفة بهما، والذي يظهر لي أن الشهادة على الصفة فيها عامله فالحكم له بها واجب بعد أن ينظر ويسأل هل في البلد مملوكة توصف بهذه الصفة، فإن لم توجد قضيت لربها وأسلمتها إليه بعد أن يحلف. وسئل في رجل ابتاع كتاباً من كتب العلم ثم جاء رجل آخر فادّعاه وأتى بكتاب بذلك وقد فات الكتاب فقال: لا يتوجه الحكم لمستحق الشيء

لعرق ظالم حق» وهذا عرق ظالم، ولأن منافعها غير مملوكة له ولا شبهة له فيها فليس له أشغالها على ربها قال: فإن قام عليه وقد فات إبان الزراعة ولا ينتفع المالك بأرضه إن قلع الزرع فقيل له أن يقلعه، وقيل ليس له قلعه وإنما له كراء أرضه، والقول الأول أصح لقوله عليه السلام: «ليس لعرق ظالم حق» وقال مالك: إن الزرع إذا أسبل لا يقلع لأن قلعه من الفساد العام للناس كما يمنع من ذبح الفتي من الإبل لما فيه من الحمولة وذبح ذوات الدر من الغنم. قال غيره: قال مالك: وكما نهى عن تلقي الركبان واحتكار الطعام لمصلحة العامة فمنع الخاص من بعض منافعه لما فيه من الضرر بالعامة انتهى. قال ربيعة: العرق أربعة: عرقان فوق الأرض الغرس والبناء، وعرقان في جوفها المياه والمعدن **(وإلا فله قلعه إن لم يفت وقت ما تراد له)** تقدم قول ابن القاسم إن قام وقد نبت الزرع وهو في إبان يدرك فيه الحرث فله قلعه **(وله أخذه بقيمته على المختار)**. اللخمي: إن كان الغاصب هو الزارع كان للمستحق أن يأخذ الأرض قبل الحرث وبعده ولا عوض عليه عن الحرث بانفراده ولا عن الزرع إذا لم

وَإِلاَّ فَكِرَاءُ السَّنَةِ: كَذِي شُبْهَةٍ، أَوْ جُهِلَ حَالُهُ

إلا بعد شهادة العدول على يمينه والإعذار إلى الذي هو في يده، ولا يصح الحكم دون تعيين المشهود فيه عند الحكم. انتهى كلام ابن سلمون. وأما المانع من الاستحقاق ففعل وسكوت بالفعل أن يشتري ما ادّعاه من عند حائزه فقال، إنما اشتريته خوف أن يغيب عليه، فإذا أثبته رجعت عليه بالثمن لم يكن له مقال. وقال أصبغ: إلا أن تكون بينة بعيدة جداً أو يشهد قبل الشراء أنه إنما اشتراه لذلك فذلك ينفعه، ولو اشتراه وهو يرى أن لا بينة له ثم وجد بينة فله القيام أو أخذ الثمن منه. قال أصبغ: والقول قوله: وأما السكوت فمثل أن يترك القيام من غير مانع أمد الحيازة. قاله في اللباب.

فرع: قال ابن سلمون: فإن ثبت ذلك لمن باعه ممن باعه من مستحقه فلا بد أن يحلف الذي ثبت له ومن بعده، فإذا حلفوا يمين القضاء فحينئذ يحكم به لمستحقه انتهى. ص: **(كذي شبهة)** ش: ظاهر التشبيه أن حكم من كانت الأرض بيده بشبهة حكم الغاصب في جميع الوجوه وليس كذلك وإنما مراده بتشبيهه به فيما إذا استحقت من يده بعد أن زرعها وقبل فوات إبان الزراعة فإن كراء تلك السنة للمستحق، وأما إن استحقت من يده قبل أن يزرعها فسيأتي حكمه في قوله «وللمستحق أخذها». وأما إذا استحقت بعد إبان الزراعة فإن كراءها للذي أكراها. قاله في المدونة: ودخل في ذي الشبهة المشتري والوارث والمكتري منهما إذا لم يعلموا بالغصب أو التعدي، وكذلك المكتري من الغاصب إذا لم يعلم بالغصب كما صرح به الرجراجي ويؤخذ من كلام المصنف في التوضيح والله أعلم. ص: **(أو جهل حاله)** ش: أي حال الزارع هل هو غاصب أو ذو شبهة وهذا أولى من حمله على أن المراد جهل حال مكتري الأرض هل هو غاصب أو مبتاع، قد تقدم أن المكتري من الغاصب ذو شبهة إن

يبرز أو برز ولم يبلغ أن ينتفع به إن قلع، وإن كان فيه منفعة كان للغاصب. واختلف إذا أحب المغصوب أن يدفع قيمته مقلوعاً ويقره، هل له ذلك وأن يكون له أصوب؟ انتهى. لأن النهي عن بيع الثمار قبل بدو الصلاح على البقاء فيزيد للبقاء ثمناً ولا يدري هل يسلم وهذا يدفع قيمته مطروحاً **(وإلا فكراء السنة)** تقدم قول ابن القاسم: وإن فات الإبان فله كراء أرضه **(كذي شبهة)** من المدونة قال ابن القاسم: من اكترى أرضاً سنين للبناء أو الزرع أو الغرس فبنى فيها أو غرس أو زرع وكانت تزرع السنة كلها ثم قام مستحق قبل تمام الأمد، فإن كان الذي أكراها مبتاعاً فالغلة له بالضمان إلى يوم الاستحقاق وللمستحق أن يجيز كراء بقية المدة أو يفسخ، وإن كانت أرضاً تزرع في السنة مرة فاستحقها وهي مزروعة قبل فوات إبان الزرع فكراء تلك السنة للمستحق، وليس له قلع الزرع لأن المكتري زرع فيه بوجه شبهة. وانظر أول مسألة من الاستحقاق في الأرض يغرسها أو يبنيها أحد الشريكين هل هو كالغاصب وآخر مسألة من الشركة من ابن يونس. **(أو جهل حاله)** من المدونة: وإن استحقها بعد إبان الزراعة وقد زرعها مشتريها أو مكترٍ منه فلا كراء للمستحق في تلك السنة،

وَفَاتَتْ بِحَرْثِهَا فِيمَا بَيْنَ مُكْرٍ وَمُكْتَرٍ، وَلِلْمُسْتَحِقِّ أَخْذُهَا، وَدَفْعُ كِرَاءِ الْحَرْثِ فَإِنْ أَبَى قِيلَ لَهُ أَعْطِ كِرَاءَ سَنَةٍ، وَإِلاَّ أَسْلِمْهَا بِلاَ شَيْءٍ،

لم يعلم بالتعدي فتأمله والله أعلم. ص: **(وفاتت بحرثها فيما بين مكر ومكتر)** ش: يشير بهذا إلى قوله في كتاب الاستحقاق من المدونة: ومن اكترى أرضاً بثوب أو بعبد فاستحق أو بما يوزن من نحاس أو حديد بعينه يعرفان وزنه ثم استحق ذلك، فإن كان استحق قبل أن يزرع أو يحرث انفسخ الكراء، وإن كان بعد ما زرع أو أحدث فيها عملاً فعليه قيمة كراء الأرض، وقال في كراء الأرضين: ومن اكترى أرضاً بعبد أو بثوب بعينه فاستحق بعد الحرث أو الزراعة فعليه كراء مثلها، وكذلك إن اكتراها بحديد أو برصاص أو نحاس بعينه وقد عرفا وزنه فإن الكراء ينتقض إلا أن يكون قد زرعها أو حرثها أو أحدث فيها عملاً فعليه كراء المثل انتهى. قال عياض: وهو بين إذ نفس الحراثة وإن لم يزرع فوت، وللمكتري كراء المثل كما لو زرعت، ولا يختلف أن ذلك فوت بين المكري والمكتري انتهى. فهذا مراد المصنف، ولا يصح أن يحمل كلامه على استحقاق الأرض المكتراة لأنه إذا استحقت الأرض لم يبق للمكري كلام حرثت أو لم تحرث والله أعلم. ص: **(وللمستحق أخذها ودفع كراء الحرث فإن أبى قيل له أعط كراء سنة وإلا أسلمها بلا شيء)** ش: يصح أن يكون مراده مستحق الأرض أو مستحق الثوب أو المعبد المكتري به لأن الحكم فيهما واحد أو هما معاً. قال الشيخ أبو الحسن عن ابن يونس في شرح كلام المدونة المذكور في كتاب كراء الأرضين: قال بعض فقهائنا القرويين: وإن أراد مستحق العبد أن يجيز بيع عبده بكراء الأرض ويأخذ الأرض إن لم يحرث لكان له ذلك، وإن حرثت كان له أن يدفع إلى المكتري حق حرثه ويأخذ الأرض لأنه كمستحق لمنفعة هذه الأرض وجد منفعتها باقية كمن استحق أرضاً بعد أن حرثها المكتري أنه يدفع إليه حق حرثه

وكراؤها للذي أكراها إن لم يكن غاصباً وكانت في يديه بشراء أو ميراث. وكذلك إن سكن الدار مشتريها أو أكراها أمداً ثم استحقها رجل بعد الأمد، فلا كراء له وكراؤها للمبتاع، وإذا كان مكري الأرض لا يعلم أغاصب هو أو مبتاع فزرعها المكتري منه ثم استحقها رجل بعد إبان الحرث فمكتريها كالمشتري يعني في الغلة حتى يعلم أنه غاصب **(وفاتت بحرثها فيها بين مكر ومكتر)** من المدونة: من اكترى أرضاً بشيء بعينه فاستحق قبل أن يزرع أو يحرث انفسخ الكراء، وإن كان بعد ما أحدث فيها عملاً فعليه قيمة كراء الأرض. ابن يونس: فإن قال مستحق ذلك أنا أجيز بيعه وآخذ الأرض محروثة فذلك له بعد أن يؤدي إلى الحارث قيمة حرثه ويصير كأنه استحق الأرض. وقد قالوا فيمن استحق أرضاً بعد أن حرثت أنه يدفع قيمة الحرث ويأخذها، فإن أبى قيل للآخر أعطه كراء سنة، فإن أبى أسلمها بحرثها. انظر بعد هذا عند قوله «وأجرة دلال في الشفعة» وانظر على ما يتخرج التمتيع.

(وللمستحق أخذها ودفع كراء الحرث فإن أبى قيل له أعط كراء سنة وإلا أسلمها بلا شيء) قال يحيى: سألت ابن القاسم عن رجل استحق أرضاً وقد قلعها الذي كانت في يده يعني

وَفِي سِنِينَ يَفْسَخُ أَوْ يَمْضِي، إِنْ عَرَفَ النِّسْبَةَ، وَلاَ خِيَارَ لِلْمُكْتَرِي لِلْعُهْدَةِ، وانْتَقَدَ إِنْ انْتَقَدَ الأَوَّلُ، وَأَمِنَ هُوَ

ويأخذ أرضه، فإن امتنع دفع إليه المكتري كراء سنة، فإن امتنع سلمها بحرثها فحكم مستحق العبد في ثمنه كحكم مستحق الأرض. انتهى ونحوه في كتاب الاستحقاق، ونحوه في كلام عياض. وما ذكره المؤلف هو قول ابن القاسم وصححه ابن رشد واعترض قوله «وإلا أسلمها بلا شيء» بأنه كان ينبغي أن يجعلهما شريكين في كراء الأرض ذلك العام محروثة المستحق بقمية كرائها غير محروثة، والمستحق منه بقيمة حرثه وعمله. وقال: هذا على أصله من الرجوع على المستحق بقيمة السقي والعلاج. انظر بقية الكلام في أول رسم من سماع يحيى من كتاب الاستحقاق. ص: **(إن عرف النسبة)** ش: يشير إلى كلام ابن يونس: ولا يجيز الكراء

بوجه شبهة وأنعم حرثها ليزرعها قال: المستحق بالخيار إن شاء أعطاه قيمة عمله وأخذها، فإن أبى قيل للذي استحقت في يده إن شئت فاغرم كراءها، وإن شئت أسلمها بما فيها من العمل ولا شيء لك. وقال سحنون: لا شيء له وإن زبلها لأن ذلك مستهلك فيها. ابن رشد: وقول ابن القاسم أصح إذ ليس بمتعد وإنما عمل على وجه شبهة فلا يظلم عمله انتهى. وقد تقدم هذا الفقه بعينه لابن يونس بالنسبة إلى مستحق الشيء المكترى به إذا أجاز الكراء، ويمكن أن يكون خليل قصده وتدخل له مسألة يحيى. وقال ابن رشد: قول ابن القاسم «وإن شئت فأسلمها ولا شيء لك» على غير أصل قوله بل ينبغي إذا أبى أن يكونا شريكين في كرائها ذلك العام، رب الأرض بقيمة كرائها غير محروثة ورب الحرث بقيمته. وقد قال مالك في المدونة فيمن أحيا أرضاً وهو يظنها مواتاً ثم استحقها رجل: إنه يقال له ادفع قيمة العمارة وخذها، فإن أبى قيل أعطه قيمة الأرض، فإن أبى كانا شريكين في الأرض والعمارة، هذا بقيمة أرضه وهذا بقيمة عمارته. ابن يونس: والصواب أن يقوم لكل واحد شيئه على حدته، وأما بما زادت العمارة فقد لا تزيد العمارة في مثل هذا **(وفي سنين يفسخ أو يمضي إن عرف النسبة)** قال ابن القاسم: من اكترى أرضاً سنين للبناء أو الزرع أو الغرس فبنى فيها أو زرع أو غرس وكانت تزرع السنة كلها ثم قام مستحق قبل تمام الأمد، فإن كان الذي أكراها مبتاعاً فالغلة له بالضمان إلى يوم الاستحقاق، وللمستحق أن يجيز بقية كراء المدة أو يفسخ. ابن يونس: ولا يجيز الكراء فيما بقي على مذهب من لا يجيز جمع السلعتين للرجلين في البيع حتى يعلم ما ينوب ما بقي ليجيز بثمن معلوم قال: فإن أجازه فله حصة الكراء من يومئذ. انظر بعد هذا عند قوله «وإن بنى» **(ولا خيار للمكتري للعهدة وانتقد إن انتقد الأول وأمن هو)** من المدونة: ومن اكترى داراً سنة من غير غاصب فلم ينقده الكراء حتى استحقت الدار في نصف السنة، فكراء ما مضى للأول وللمستحق فسخ ما بقي أو الرضا به فيكون له كراء بقية السنة، فإن أجاز الكراء فليس للمكتري أن يفسخ الكراء فراراً من عهدته إذ لا ضرر عليه فإنه يسكن، فإن عطبت الدار أدى بحساب ما سكن. ولو انتقد الأول كراء السنة كلها لدفع إلى المستحق كراء باقي المدة إن كان مأموناً ولم يخف من دين أحاط به

وَالْغَلَّةُ لِذِي الشُّبْهَةِ أَوِ المَجْهُولِ لِلْحُكْمِ:

فيما بقي حتى يعلم ما ينوب ذلك ليجيز بثمن معلوم على مذهب من لا يجيز جمع السلعتين للرجلين في البيع انتهى. وانظر بقية المسألة في أول كتاب الاستحقاق في المدونة. **ص: (أو المجهول للحكم) ش:** في بعض نسخ الشارح «أو المجهول الحكم» بإضافة المجهول للحكم، والذي في أكثر النسخ «للحكم» بلام الجر وهو الصواب لإفادته حكماً، وقوله «للحكم» هو أحد الأقوال الثلاثة. قال في المقدمات: واختلف في الحد الذي يدخل فيه الشيء المستحق في ضمان المستحق وتكون الغلة له ويجب التوفيق به على ثلاثة أقوال: أحدها حتى يقضي له به وهو الذي يأتي على قول مالك في المدونة أن الغلة للذي هي في يده حتى يقضي بها للطالب، وعلى هذا القول لا يجب توفيق الأصل المستحق توفيقاً يحال بينه وبينه ولا توقيف غلته، وهو قول ابن القاسم في المدونة أن الرباع التي لا تحول ولا نزول ولا توقف مثل ما يحول ويزول، وإنما توقف وقفاً يمنع من الإحداث فيها. والقول الثاني أنه يدخل في ضمانه إذا ثبت بشهادة شاهدين أو شاهد وامرأتين والثالث إذا شهد له شاهد واحد. انتهى القولان الأخيران باختصار والأول باللفظ.

فرع: قال في المقدمات: واختلف في الحد الذي تكون به الثمرة في استحقاق الأصل غلة فيستوجبها المستحق منه ببلوغها إليه، إما بالحكم والقضاء وإما بثبوت الحق بشهادة شاهد، وأما بأن يشهد للمستحق شاهد واحد على الاختلاف المذكور في ذلك، فروى أبو زيد عن ابن القاسم أن الثمرة تكون للمستحق ما لم تجد وفي كتاب ابن المواز ما لم تيبس ويرجع عليه بالسقي والعلاج، وعلى ما قال في المدونة في الرد بالعيب ما لم تطب إذا لم يفرق بين المسلمين. وهذا إذا كان المستحق منه اشترى الأصول قبل إبار الثمرة، وأما إن كان بعد الإبار

ونحوه لا يردّ باقي الكراء على المكتري. قال أبو محمد وغيره: فإن كان المستحق غير مأمون قيل للمكتري إن شئت أن تدفع إلى المستحق كراء بقية السنة وتسكن، فإن أبى قيل للمستحق إن شئت أن تجيز الكراء على أنك لا تأخذ منه إلا كراء ما سكن كلما سكن شيئاً أخذت بحسابه وإلا فلك أن تفسخ كراء بقية المدة. ابن يونس: لعله يريد في دار يخاف عليها الهدم، وأما إن كانت صحيحة البناء فله أن ينتقد ولا حجة للمكتري من خوف الدين لأنه أحق بالدار من جميع الغرماء. **(والغلة لذي الشبهة أو المجهول للحكم)** في الحديث الخراج بالضمان معناه أن المشتري الذي اغتله لو هلك في يديه كان منه وذهب الثمن الذي نقد فيه فالغلة له بضمانه اهـ. وانظر الغاصب هو في الرباع ضامن ويضمن الخراج. ومن المدونة قال ابن القاسم: ومن ابتاع داراً أو عبيداً من غاصب ولم يعلم فاستغلهم زماناً ثم استحقوا فالغلة للمبتاع بضمانه، وكذلك إذا ورثهم عن أبيه ولم يدر بما كانوا لأبيه فاستغلهم زماناً ثم استحقوا فالغلة للوارث. ولو وهب ذلك لأبيه رجل، فإن علم أن الواهب لأبيه هو غصب هذه الأشياء من المستحق أو من رجل هذا المستحق وارثه فغلة ما مضى للمستحق، فإن

كَوَارِثٌ

فالثمرة للمستحق على مذهب ابن القاسم. وإن جدت ويرجع عليه بالسقي والعلاج كالرد بالعيب. وعلى مذهب أشهب تكون الثمرة للمستحق ما لم تجذ. فإن جذت كانت للمشتري. وأما إن كان اشترى الأول والثمرة مزهية فاشترطها في كتاب ابن المواز: أن الثمرة تكون للمستحق كيف كانت يبست أو جدت أو باعها أو أكلها، ويغرم المكيلة إن عرفها وإلا فالقيمة. وفي البيع يغرم الثمن الذي باعها إلى إن فاتت أو كانت بيد مبتاعها فهو مخير في أخذها أو إنفاذ بيعه أو أخذ الثمن، وإن تلفت عند المبتاع فليس إلا الثمن، وهذا على القول بأنها لا تصير غلة للمبتاع إلا باليبس أو الجداد، وأما على القول الذي يرى أنها تصير له غلة بالطيب فلا حق له فيها إذا أزهت عند البائع لأنها قد صارت له غلة بطيبها ويأخذ المستحق النخل وحدها ويرجع المستحق منها على البائع بما ينوبها من الثمن ويسقط عنه ما ناب الثمرة لبقائها بيده إلا أن يكون اشتراؤه إياها من غاصب أو مشترٍ اشتراها بعد الإبار على مذهب ابن القاسم فهي ثلاثة أحوال: أحدها أن يكون المستحق منه اشتراها قبل الإبار. والثاني أن يكون اشتراها بثمرتها بعد الإبار. والثالث أن يكون اشتراها بثمرتها بعد الإزهاء والطيب انتهى.

تنبيه: قال في البيان في شرح المسألة الرابعة من كتاب الاستحقاق بعد أن ذكر الخلاف في الحد الذي يدخل به الشيء المستحق في ضمان البائع ما نصه: وكذلك أيضاً النفقة القياس فيها أن تجري على هذا الاختلاف، فعلى الأول لا يجب للمقضى عليه الرجوع بشيء من النفقة على المقضي له، لأنه إنما أنفق على ما ضمانه منه فغلته له. وعلى القول الثاني يجب له الرجوع عليه. بما أنفق بعد ثبوت الحق بشهادة شاهدين أو شاهد وامرأتين لوجوب الضمان عليه وكون الغلة له من حينئذ، وعلى القول الثالث يجب له الرجوع عليه بما أنفق منذ وقف بشهادة الشاهد لوجوب الضمان عليه وكون الغلة له من حينئذ، وقد فرق في رسم حمل صبياً من رواية عيسى من كتاب الصلح بين النفقة والغلة فقال: إن النفقة ممن تصير له والغلة للذي هو في يديه لأن الضمان منه وساوى بين ذلك عيسى من روايته وهو القياس، وكذلك ظاهر المدونة أنه لا فرق بين الغلة والنفقة، والصواب أن لا فرق بينهما في أن يكونا جميعاً للضمان إما من يوم وجوب التوقيف بشهادة شاهد واحد، وإما من يوم وجوبه بشهادة شاهدين، وإما من يوم القضاء والحكم انتهى. وعلى ما في المدونة مشى المصنف في باب القضاء فقال: والغلة له للقضاء والنفقة على المقضى له به. ص: **(كوارث)** ش: ظاهره أن الغلة للوارث، سواء كان وارثاً من غاصب أو مشتر وليس كذلك، فإن وارث الغاصب لا غلة له، قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: فإن بيع المغصوب أو ورث بأن علم فكالغاصب وإن لم يعلم فلا شيء

جهل أمر الواهب أغاصب هو أم لا، فهو على الشراء حتى يعلم أنه غاصب. **(كوارث وموهوب**

وَمَوْهُوبٍ، وَمُشْتَرٍ مِنْهُ؛ إِنْ لَمْ يَعْلَمُوا

عليه في السماوي ولا في الغلة سكن أو زرع. وقوله: «لا في الغلة» ظاهره لأن الغلة تكون للمشتري وللوارث إذا لم يعلم وهو صحيح في المشتري. وأما وارث الغاصب فلا غلة له باتفاق، سواء انتفع بنفسه أو أكرى لغيره ونحوه لابن عبد السلام وصرح بذلك اللخمي. ويفهم ذلك من قوله في باب الغصب: «أو وارثه أو موهوبه إلى آخره»، وقال في الاستحقاق منها: ومن ابتاع داراً أو عبداً من غاصب ولم يعلم فاستغلهم زماناً فالغلة للمبتاع بضمانه. وكذلك إن ورثهم عن أبيه ولم يدر بما كانوا لأبيه فاستغلهم ثم استحقوا فالغلة للوارث انتهى. فهذا في المورث والمجهول الذي لم يعلم أنه غاصب أو غير غاصب، ولذا قال اللخمي عقيبها: وهذا وارث لا يدري بما كانت لأبيه انتهى. ص: (وموهوب) ش: يريد إذا كان الغاصب موسراً، وأما إذا كان الغاصب معسراً فإنه يرجع بالغلة على الموهوب. وقال اللخمي: فإذا وهب ما غصبه فاغتله الموهوب له فقال أشهب: الموهوب بمنزلة المشتري. وقال ابن القاسم: ليس بمنزلته ويرجع على الغاصب فإن عدم أو غاب فعلى الموهوب وهو أبين، ولا فرق بين الموهوب له ووارث الغاصب إذا كان غير عالم بالغصب ولم يختلفوا في الوارث أنه يلزمه ما يلزم الغاصب فكذلك الموهوب له. انتهى بالمعنى إلى قوله «وهو أبين ومنه الخ» باللفظ فالوارث هنا إما وارث المشتري أو وارث الموهوب أو وارث ذي الشبهة. ولابن رشد كذلك وسيأتي والله أعلم. ص: (ومشتر) ش: يعني أن الغلة للمشتري من الغاصب إذا لم يعلم بالغصب يريد ولا رجوع للمغصوب منه على الغاصب بالغلة من يوم باع على المشهور كما صرح به ابن الحاجب وغيره. ص: (إن لم يعلموا) ش: قال البساطي: وهذا إذا تحقق عدم علمهم وكذلك من جهلنا هل هو عالم أم لا، فحمله على عدم العلم استصحاباً بالحال المسلم انتهى. وهو كلام صحيح جار على المذهب والله أعلم.

فائدة: سئلت عن جماعة ورثوا داراً كبيرة، بعضها عامر وبعضها خراب، وبعض الورثة حاضر وبعضهم غائب، فاستولى الحاضر على الدار وسكن العامر وعمر الخراب وسكنه، فهل للغائبين الرجوع عليه بالأجرة في هذه المدة؟ وهل لهم نقض ما عمره من الخراب لكونه بغير إذنهم؟ أفتونا مأجورين. فأجبت: الحمد لله إن كان الوارث الحاضر الذي سكن لم يعلم بالغائب فلا رجوع له عليه فيما سكن، وله الرجوع عليه بحصته فيما أكراه أو اغتله. هذا قول ابن القاسم وروايته عن مالك. قاله في أول كتاب الصدقات من البيان. وهو الذي مشى عليه المصنف بعد هذا حيث قال: كوارث طرأ عليه مثله إلا أن ينتفع. وأما إن علم به فإنه يرجع عليه بأجرة ما سكن وبحصته من الغلة وما عمره مما ليس بضروري، فإن أراد أحد منهم القسمة قسمت الدار، فإن وقع ما بناه في حصته كان له وعليه من الكراء بقدر ما انتفع من

ومشتر لم يعلموا) تقدم نص المدونة: إذا ورثهم عن أبيه ولم يدر فالغلة له، ولو وهب ذلك لأبيه رجل وجهل أمر الواهب فهو على الشراء. وتقدم نص المدونة أيضاً: من ابتاع من غاصب ولم يعلم فالغلة

بِخِلاَفِ ذِي دَيْنٍ عَلَى وَارِثٍ: كَوَارِثٍ طَرَأَ عَلَى مِثْلِهِ،

نصيب أصحابه قبل القسمة، وإن وقع في نصيب غيره خير من وقع في حصته بين أن يعطيه قيمته منقوضاً أو يسلم إليه نقضه، وعلى الباني من الكراء بقدر ما انتفع من نصيب أصحابه قبل القسمة وإن أرادوا شركته ولم يرد واحد منهم القسمة فلهم ذلك بعد أن يدفعوا حصصهم من قيمة ما عمله. قيل قائماً. وقيل منقوضاً. هذا محصل كلام ابن رشد في أول كتاب الاستحقاق في البيان. والقول بأنه يأخذ قيمته منقوضاً هو الظاهر لقول ابن يونس في كتاب العارية في ترجمة من أعار أرضه: كل من بنى في أرض غيره من زوجة أو شريك أو غيره بغير إذن ربها أو علمه فله قيمة علمه منقوضاً والله أعلم. ص: **(بخلاف ذي دين على وارث)** ش: يشير إلى ما في أول سماع يحيى من القسمة في الورثة يقتسمون التركة فتنمو في أيديهم ثم يطرأ دين يستغرق التركة بنمائها أنهم يردون ما أخذوا ولا ضمان عليهم فيما نقص إلا أن يستهلكوه فيكون عليهم غرمه، وكذلك الموصى لهم بأشياء بأعيانها، وأما ما اشتراه الورثة من التركة فحوسبوا به في ميراثهم واشتراه الموصي لهم فحوسبوا به في وصاياهم فلهم نماؤه وعليهم ضمانه. قال ابن رشد: ولا خلاف في ذلك لأنه لا فرق بين أن يشتريه الورثة فيحاسبوا به في ميراثهم وفي وصاياهم، وبين أن يباع من غيرهم ويدفع إليهم الثمن. ونحوه في رسم الأقضية من سماع يحيى من الوصايا، وفي كتاب القسمة من المدونة ما يدل على ذلك. وأما قول الشارح في شروحه الثلاثة والبساطي إن معنى كلام المصنف إذا كان لرجل دين على شخص فدفع له فيه ملكاً ورثه فاغتله. ثم استحق من يده فإنه يرد الغلة فغير صحيح ولا وجه له، لأنه قد نص المتيطي وابن سلمون وغيرهما من الموثقين على أن التصيير بيع من البيوع، وتقدم أن ما اشترى الورثة أو الموصى لهم وحوسبوا بثمنه فيما أوصي لهم به أو في ميراثهم لهم نماؤه وعليهم ضمانه والله أعلم. ويوجد في بعض نسخ الأوسط زيادة على ما تقدم

للمبتاع. وانظر قوله «وموهوب» مع ما تقدم عند قوله: «ورجع بغلة موهوبه». **(بخلاف ذي دين على وارث كوارث طرأ على مثله)** ابن رشد: إن طرأ على الوارث من هو أحق منه بالوراثة فلا خلاف أنه يرد ما اغتل وسكن لانتفاء وجوه الضمان عنه، فإن طرأ عليه من هو شريكه في الميراث فاختلف قول مالك إذا سكن ولم يكر، والأصح وجوب الكراء عليه في حصة الوارث الطارىء عليه. ولا خلاف أنه إذا طرأ ذو دين على ورثة أن الورثة لا يضمنون التلف بأمر من السماء، ولا خلاف أنهم يضمنون ما أكلوه واستهلكوه واستنفقوه والذي في المدونة: إن استحق الأرض بعد إبان الزراعة وقد زرعها مشتريها أو مكترٍ منه فلا كراء للمستحق في تلك السنة وكراؤها للذي أكراها له إن لم يكن غاصباً، وكانت في يديه بشراء أو ميراث. وكذلك إن سكن الدار مشتريها أو أكراها أمداً ثم استحقها رجل بعد الأمد فلا كراء له وكراؤها للمبتاع، وإذا كان مكري الأرض وارثاً ثم طرأ له أخ لم يعلم به أو علم به فإنه يرجع على أخيه بحصته من الكراء، وأما إن سكنها هذا الوارث أو زرع فيها لنفسه ثم طرأ

إِلاَّ أَنْ يَنْتَفِعَ. وَإِنْ غَرَسَ، أَو بَنَى: قِيلَ لِلْمَالِكِ أَعْطِهِ قِيمَتَهُ قَائِماً، فَإِنْ أَبَى: فَلَهُ دَفْعُ قِيمَةِ الأَرْضِ، فَإِنْ أَبَى: فَشَرِيكَانِ بِالقِيمَةِ

ونصها، لأنه من باب جر النفع لانتفاعه مع بقاء الدين على صاحبه. وهذا أيضاً غير صحيح لأنه يلزم مثله في جميع صور الاستحقاق والله أعلم. ص: **(وإن غرس أو بنى قيل للمالك أعطه قيمته قائماً فإن أبى فله دفع قيمة الأرض)** ش: تصوره ظاهر.

فرع: فلو قال رب الأرض ما عندي ما أعطيه الآن وما أريد إخراجه ولكن يسكن وينتفع حتى يرزقني الله ما أؤدي منه لم يجز ذلك، ولو رضي الذي عمر الأرض لأنه سلف جر منفعة. قاله في سماع يحيى من كتاب الاستحقاق ونصه: إن كره المستحق أن يدفع ما عليه من القيمة أو كان معدماً، قيل للعامل: ادفع إليه قيمة أرضه ثم يكون لك، فإن أبى أو كان معدماً كانا شريكين على قدر قيمة الأرض وقيمة العمارة، ولو رضي الذي عمر الأرض أن يؤخر المستحق على أن ينتفع بها ما حل لأنه سلف جر منفعة. قال ابن رشد: ولو أكراه المستحق بما وجب عليه من قيمة البناء لم يجز عند ابن القاسم للدين بالدين، ويجوز على مذهب أشهب لأن قبض أوائل الكراء عنده كقبض جميعه والله أعلم. وانظر أول رسم من سماع يحيى من كتاب الاستحقاق فيما يكون قيمة بنائه منقوضاً وما له قيمة قائماً والله أعلم. وسئلت عن مسألة محصلها شريك غرس أو بنى في بعض أرض مشتركة بينه وبين جماعة بغير إذنهم، فهل للشركاء إلزامه بقلع ما غرسه أو بناه؟ فأجبت: إذا غرس الشريك أو بنى الأرض المشتركة بغير إذن شركائه فليس للشركاء إلزامه بقلع ما غرسه أو بناه، بل لو أراد هو أو أحدهم القسمة قسمت الأرض فإن وقع غرسه وبناؤه فيما خصه كان له وعليه الكراء بقدر ما انتفع من نصيب أصحابه قبل القسمة، وإن وقع الغرس أو البناء في حصة غيره خير من وقع في حصته

أخ لم يعلم به فلا كراء له عليه. وقد قال مالك فيمن ورث داراً فسكنها ثم قدم له أخ لم يعلم به فلا شيء له في السكنى. قال ابن القاسم: والكراء في هذا بخلاف السكنى اهـ. وانظر إذا كان عالماً به وسكن أو زرع قدر حظه من الأرض أو سافر بالمركب. انظره عند قوله في آخر فصل المزارعة **(إلا أن ينتفع)** تقدم نص المدونة: الكراء خلاف السكنى والزراعة. وتقدم قول ابن رشد: الأصح خلافه **(وإن غرس أو بنى قيل للمالك أعطه قيمته قائماً فإن أبى فله دفع قيمة الأرض فإن أبى فشريكان بالقيمة)** ابن الحاجب: إن استحقت وقد غرس أو بنى قيل للمالك ادفع قيمته قائماً، فإن أبى قيل للمشتري أو المكتري أعطه قيمة أرضه، فإن أبى فشريكان. ومن المدونة: من اكترى أرضاً سنين للبناء أو الغرس فبنى أو غرس ثم قام مستحق قبل تمام الأمد فللمستحق أن يجيز كراء بقية المدة أو يفسخ، فإن أجاز فله حصة الكراء من يومئذ ثم له بعد تمام المدة أن يدفع إلى المكتري قيمة البناء والغرس مقلوعاً. قال ابن المواز: بعد طرح أجر القلع إذ على ذلك دخل المكتري. وإن فسخ الكراء قبل تمام المدة لم يكن له قلع ذلك ولا أخذه بقيمته مقلوعاً ولكن يقال له ادفع قيمة البناء والغرس قائماً، يريد

يَوْمَ الْحُكْمِ، إِلاَّ الْمُحَبَّسَةَ: فَالنَّقْضُ، وَضَمِنَ قِيمَةَ الْمُسْتَحِقَّةِ، وَوَلَدَهَا

بين أن يعطيه قيمة ذلك منقوضاً أو يسلم له نقضه، وعليه أيضاً من الكراء بقدر ما انتفع من نصيب أصحابه قبل القسمة. وإن لم يرد أحد منهم القسمة بل أرادوا بقاء الأرض مشتركة فلهم أن يدخلوا معه ويشاركوه بقدر حصصهم من الأرض بعد أن يسلموا إليه قدر حصصهم من قيمة عمله، قيل: قائماً، وقيل: منقوضاً، وهو الراجح الجاري على مذهب المدونة. وانظر المسألة في أول كتاب الاستحقاق من البيان وتكررت بعد ذلك في سماع عيسى منه، وفي رسم القطعان من سماع عيسى من الشركة وابن يونس في كتاب العارية وغير ذلك والله أعلم. ص: **(إلا المحبسة فالنقض)** ش: يعني أن الأرض المحبسة تحبس فليس للباني إلا حمل أنقاضه، قال في التوضيح بعد ذكره مسألة الاستحقاق: والخلاف فيها وهذا كله ما لم تستحق الأرض بحبس فليس للباني إلا حمل أنقاضه إذ ليس ثم من يعطيه قيمة البناء قائماً، وليس له أن يعطي قيمة النفقة ولا يكونان شريكين لأنه من بيع الحبس انتهى. وهذا إن لم يوجد من يعطيه قيمة النقض، وأما إن وجد من يعطيه ذلك فيدفع، ولا امتناع له من ذلك كما صرح بذلك في أحكام ابن سهل في مسائل الحبس. ونصه عن ابن حبيب عن مطرف فيمن بنى مسجداً وصلى فيه نحو السنتين ثم باعه ممن نقضه أو بناه بيتاً أو تصدق به قال: يفسخ ما فعل ويرد إلى ما كا عليه مسجداً وهو كالحبس لله لا يجوز بيعه ولا تحويله، وللباني نقض بنائه وإن شاء فليحتسب في تركه، وإن أراد نقضه فأعطاه محتسب قيمته مقلوعاً ليقره للمسجد أجبر الباني على ذلك إلا ما لا حاجة للمسجد بد منه ولا بد من نقضه فيتركه كذلك. قلت: فنقض المسجد الأول أيجب على من نقضه أن يعيده كما كان؟ قال: عليه قيمته قائماً لأنه متعد في نقضه وهدمه ثم يبني بتلك القيمة. قال ابن حبيب: وقال لي أصبغ مثله وكما يفهم ذلك أيضاً من نوازل ابن رشد في مسائل الأكرية. وذكر ابن عبد الرفيع في مختصر النوازل في مسائل الحبس ونصها مسألة: من أكرى الأرض المحبسة عليه لمن يبني فيها لمدة فله أن يأخذ الأنقاض بقيمتها مقلوعة، وليس عليه أن يلحقها بالحبس، ولو كان الحبس على رجلين فأكرى أحدهما حصته بشيء فليس لصاحبه الدخول عليه انتهى. ص: **(وضمن قيمة المستحقة وولدها**

على أن يقلع إلى وقته، فإن أبى قيل للمكتري أعطه قيمة أرضه فإن أبى كانا شريكين **(يوم الحكم)** المازري: في كون قيمة البناء يوم بناه أو يوم المحاكمة قولان، ولم يشهر ابن عرفة منهما قولاً. انظر المازري في السؤال الرابع من الاستحقاق **(إلا المحبسة فالنقض)** قال سحنون: من اشترى قاعة فبناها ثم ثبت أنها حبس فإنه بخلاف من بنى بشبهة هذا يقلع نقضه إذ ليس ثم من يعطيه قيمة بنائه. ومن المدونة: من بنى داره مسجداً ثم استحقها رجل فله هدمه. قال سحنون: كأنه نحا إلى أن النقض لما كان له لا يأخذ قيمته ولكن يأخذه وبجعله في مسجد آخر **(وضمن قيمة المستحقة وولدها يوم**

يَوْمَ الْحُكْمِ، وَالأَقَلَّ؛ إِنْ أَخَذَ دِيَةً

يوم الحكم) ش: يعني أن من اشترى أمة فأولدها ثم استحقها إنسان فإن سيدها الذي أولدها يضمن قيمتها وقيمة ولدها الذي أولدها إياه، واحداً كان أو أكثر. ولا يضمن من مات وهو القول الذي رجع إليه مالك، وكان أولاً يقول لمستحقها أخذها إن شاء مع قيمة الولد. قيل: ثم رجع عنها إلى أنه يلزمه قيمتها فقط يوم وطئها، وبه أفتى لما استحقت أم ولده إبراهيم. وقيل: أم ولده. محمد: وعبر عنه ابن رشد بقوله: وبه حكم عليه في استحقاق أم ولده، فإن أعدم الوالد اتبعه بقيمة الولد وقيمتها، فإن كان الولد موسراً أخذ منه قيمته فقط ولا يرجع عليه الأب. انظر استحقاق المدونة. وقال ابن يونس: انظر قول ابن القاسم إذا كان الأب عديماً والابن ملياً فليأخذ الأب قيمة نفسه وهو إنما يأخذ منه قيمته يوم الحكم، وكان يجب إنما يستحق قيمته يومئذ بماله وقيمته بماله أكثر مما في يده، فكيف يصح أخذ قيمته منه؟ وأظن أن ابن القاسم إنما يقول: قيمته بغير مال وبه يصح قوله. قال في المجموعة: فإن كان للولد مال كسبه لم يقوم بماله لكن بغير ماله كقيمة عبد ويؤدي ذلك الأب ولا يؤخذ من أموال الولد شيء انتهى.

فرع: قال ابن عرفة: اللخمي: لو استحقت حاملاً فعلى أن له أخذها يؤخر لوضعها فيأخذها وقيمة ولدها، فإن أسقطته أو ماتت فلا شيء على الأب وعلى أخذ قيمتها يأخذ قيمتها الآن على ما هي عليه ولا ينتظر وضعها، وعلى القول الآخر: ليس له إلا أخذ قيمتها يوم

الحكم) من المدونة قال مالك: من ابتاع أمة فأولدها فلمستحقها أخذها إن شاء مع قيمة ولدها يوم الحكم عبيداً، وعلى هذا جماعة الناس وأخذ به ابن القاسم، وهو قول علي رضي الله عنه. ثم رجع مالك فقال: يأخذ قيمتها وقيمة ولدها يوم يستحقها. قال ابن يونس: لأن في أخذها ضرراً على المبتاع إذا أخذت سنه كان عاراً عليه وعلى ولده. وقال ابن حبيب: ثم رجع مالك فقال: ليس على المبتاع إلا قيمتها يوم وطئها ولا قيمة عليه في ولدها، وبه أخذ ابن الماجشون وغيره وبه أقول. وقال ابن يونس: قال ابن القاسم: القضاء إن كان وطء بشبهة فالولد فيه لا حق، ولا يلحق في الوطء بغير شبهة وإن الولد بخلاف الغلة في الاستحقاق. قال أشهب في ولد المغرور بالشراء أو بالنكاح: إنما يلزم الأب قيمتهم إذ ليسوا بغلة فيكون لهم حكم الغلة ولا يرقون فيأخذهم سيد الأمة، وجعلت قيمتهم يوم الحكم لأنهم أحرار في الرحم ولا قيمة لهم يومئذ، وهذا قول مالك وابن القاسم اهـ. من ابن يونس. وقال ابن عرفة في تعلق حق مستحقها بقيمتها أو عينها اضطراب **(والأقل إن أخذ دية)** ابن يونس: لو قتل الولد خطأ فديته لأبيه منجمة، وللمستحق منها قيمته يأخذ فيها أو نجم، فإن لم يتم أخذ تمامه من الثاني ثم مما يليه حتى يتم ثم يورث عن الابن ما فضل. قال ابن القاسم: ولو قتل الولد عمداً فصالح الأب فيه على أقل من الدية فعليه الأقل من ذلك أو قيمته يوم القتل، فإن كان ما أخذ أقل من القيمة رجع على القاتل بالأقل من القيمة أو

لاَ صَدَاقَ حُرَّةٍ أَوْ غَلَّتِهَا،

حملت انتهى. ص: (لا صداق حرة أو غلتها) ش: انظر كتاب الاستحقاق من المدونة وشراحها والمشذالي، وانظر رسم يدير من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق وابن عرفة وما ذكره هو المذهب من أن العبد إذا استحق بحرية لا يرجع على سيده بما اغتله منه من خراجه وأجرة عمله، ولا بأجرة ما استخدمه فيه، وكذا لو كاتبه ثم استحق بحرية بعد أن قبض السيد الكتابة لم يرجع عليه بها بخلاف ما لو جرح فأخذ السيد لذلك أرشاً فله الرجوع على سيده بما أخذه من أرش جراحه، وكذا لو كان له مال اشتراه معه أو أفاده عبد من فضل خراجه أو عمله أو تصدق به عليه أو وهب له فانتزعه السيد، فله الرجوع على سيده بما انتزعه من ذلك. أما لو وهب له السيد مالاً أو استخبره بمال فاستفاد فيه وقال: إنما دفعته إليه لأنه عبدي وكنت أرى أن لي أن أنتزعه منه متى شئت، فللسيد أن يرجع في ذلك كله، وأما إذا قال: اتجر بهذا المال لنفسك فليس له إلا رأس ماله. واختلف إذا أعطاه أو تصدق عليه ثم أعتقه أو أعطاه بعد أن أعتقه وهو يرى أنه مولاه ثم استحق بحرية أو ملك، فقيل له: الرجوع عليه بذلك، وقيل: لا رجوع له عليه. قاله جميعه في رسم يدير من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق. وكذلك الأرض المستحقة بحبس لا يرجع بغلتها على القول المفتى به كما صرح بذلك ابن رشد في مسائل الحبس من نوازله. قال في التوضيح: وهو الذي جرى به العمل انتهى. وهذا والله أعلم إذا لم يعلم المستحقة من يده بالحبس، وأما إذا علم بالحبس واستغله فيرجع عليه بالغلة إذا كان البائع للحبس هو المحبس عليه وكان كبيراً عالماً بالحبس فإنه لا رجوع له بالغلة ولو كان المشتري عالماً كما يأتي ذلك في كلام ابن سهل في مسائل الحبس ونصه: قال ابن العطار: وإذا فسخ بيع الحبس فالغلة فيما سلف قبل ثبوت تحبيسه للمبتاع لا يرجع عليه بشيء منها إذا لم يعلم بالحبس بعد أن يحلف أنه لم يعلم، وما كان في رؤوس الشجر من الثمر وقت الاستحقاق فهو للذي ثبت لهم أصل التحبيس في حين بنائه. وإن كان في إبان الحرث فعليه كراء الأرض، وإن كان بائع الحبس هو المحبس عليه رجع عليه بالثمن، فإن لم يكن له مال وثبت عدمه حلف للمبتاع وأخذ من غلة الحبس عاماً بعام، فإن مات المحبس عليه قبل استيفاء الثمن رجع الحبس إلى من يستحقه ولم يكن للمبتاع منه شيء، فإن كان بائع الحبس كبيراً عالماً بالتحبيس عوقب بالأدب والسجن على بيعه إن لم يكن له عذر. قال القاضي ابن سهل: ينبغي إن كان مالكاً لنفسه مع ذلك إلا أن يكون له طلب المبتاع بشيء من الغلة، وإن علم حين ابتياعه أنه حبس. وقد نزلت بقرطبة في مسألة القرشية وأفتيت فيها

باقي الدية (لا صداق حرة أو غلتها) من المدونة قال مالك: من ابتاع أمة فوطئها وهي ثيب أو بكر فافتضها ثم استحقت بملك أو حرية فلا شيء عليه للوطء، لا صداق ولا ما نقصها. ابن يونس: كأنه رأى لما وطئت على الملك لم يكن لها صداق، وكذلك يقول لو اغتلها أن الغلة للمشتري، والأشبه أن

وَإِنْ هَدَمَ مُكْتَرٍ تَعَدِّيًا: فَلِلْمُسْتَحِقِّ النُّقْضُ وَقِيمَةُ الْهَدْمِ؛ وَإِنْ أَبْرَأَهُ مُكْرٍ بِهِ كَسَارِقِ عَبْد، ثُمَّ

بذلك، وكان غيري خالفني فيها وخلافه خطأ انتهى. وظاهره أنه إذا علم البائع بالحبس وكان هو المحبس عليه أن لا رجوع عليه بالغلة ولو علم المشتري أيضاً بالحبس كما يفهم، وقد صرح بذلك المشذالي في أواخر كتاب الاستحقاق ونصه: وسئل اللؤلؤي عمن حبس عليه حبس فباعه والمشتري عالم بأنه حبس أم لا، فاستغله مدة ثم نقض البيع فقال: لا يرد الغلة لأن البائع عالم فهو واهب للغلة إلا أن يكون له شريك أو يكون الحبس معقباً فليس لشريكه نصيبه من الغلة. وانظر المتيطي والطرر وانظر ابن سهل فإنه أشار إلى مسألة اللؤلؤي وأنها نزلت بقرطبة وأن غيره خالفه. انتهى كلامه والله أعلم. سئلت عن مسألة وهي شخص باع وقفاً عليه يعلم بوقفيته لشخص يجهل الوقفية، ثم باعه المشتري لشخص يعلم الوقفية، ثم إن المشتري الثاني باعه مع جهة أخرى موقوفة على البائع الأول تعدى هذا المشتري عليها، فهل للبائع الأول مطالبته بالغلة في ذلك أم لا؟ فأجبت: الحمد لله وحده إذا ثبت وقفية هذه الجهات بشروطه نقض البيع في جميعها وأعيدت على ما كانت عليه ولا رجوع للبائع الأول بغلة ما باعه وهو عالم بوقفيته، وأما الجهة التي تعدى عليها المشتري الثاني وباعها فللبائع الأول الرجوع عليه بغلتها، ولا رجوع له على المشتري الثالث لجهل المشتري الوقفية والله أعلم. وانظر أحكام ابن سهل فيما إذا باع القاضي الحبس، وانظر ابن سلمون في مسائل الحبس. ص: **(وإن هدم مكترٍ تعدياً فللمستحق النقض وقيمة الهدم)** ش: هذا كقوله في المدونة: ومن اكترى داراً فهدمها تعدياً ثم قام مستحق، فله أخذ النقض إن وجده وقيمة الهدم من الهادم. قال في التنبيهات: قوله: «بقيمة الهدم» قيل: بما بينها بقعة وما بينها من القيمة بذلك البناء فيغرمه. وقيل: قيمة ما أفسد من البناء. وعند ابن حبيب يضمن له ما أنفق في البناء. وقيل: يأخذ النقض من مستحقها ثم يغرم له ما أفسد من الهدم. قال الشيخ أبو الحسن: قول عياض: «بما بينها بقعة» يعني مع الأنقاض انتهى. ثم نقل بقية كلام التنبيهات وقال عقبه: كذا في التنبيهات. ورأيته يعني القول الأخير في كلام التنبيهات في موضع آخر يأخذ النقض مستحقه، فعلى ما في التنبيهات يغرم قيمة البناء قائماً ويكون له النقض كمن تعدى على سلعة فأفسدها إفساداً كبيراً فإنه إذا ضمن قيمتها تكون له، وعلى ما في الموضع الآخر يكون هو التأويل الثاني انتهى. والله أعلم.

لا غلة له إذ لا ضمان عليه فيها ولأنها لو ماتت لرجل بثمنها. **(وإن هدم مكتر تعدياً فللمستحق النقض وقيمة الهدم وإن أبرأه مكر به كسارق عبد ثم استحق)** من المدونة قال ابن القاسم: من اكترى داراً فهدمها متعدياً ثم قام مستحق الدار فله أخذ النقض إن وجده قائماً وقيمة الهدم من الهادم. ولو كان المكري قد ترك للمكتري قيمة الهدم قبل الاستحقاق لرجع بها المستحق على الهادم كان ملياً أو معدماً، لأن ذلك لزم ذمته بالتعدي ولا يرجع على المكتري إذ لم يتعد وفعل

ٱسْتُحِقَّ؛ بِخِلاَفِ مُسْتَحِقِّ مُدَّعِي حُرِّيَّةٍ؛ إِلاَّ القَلِيلَ، وَلَهُ هَدْمُ مَسْجِدٍ،

تنبيه: قال القرطبي في شرح حديث جريج عن مسلم في قوله: «ولكن أعيدوها من طين كما كانت» يدل على أن من تعدى على جدار أو دار وجب عليه أن يعيده على حالته إذا انضبطت صفته وتمكنت مماثلته، ولا تلزم قيمة ما تعدى عليه. وقد بوب البخاري عليه «من هدم حائطاً بنى مثله» وهو تصريح بما ذكرنا، فإن تعذرت المماثلة فالمرجع إلى القيمة وهو مذهب الكوفيين والشافعي وأبي ثور. وفي العتبية عن مالك مثله، ومشهور مذهب مالك وأصحابه وجماعة من العلماء أن فيه وفي سائر المتلفات المضمنات القيمة إلا ما يرجع إلى الكيل والوزن بناء منهم على أنه لا تتحقق المماثلة إلا فيهما. انتهى ونحوه في الإكمال قال: ولا حجة لأولئك بهذا الحديث لأنه في شرع غيرنا، وليس فيه أن نبينا أمر بذلك ولعله بتراضيهما. ألا ترى إلى أن قولهم: «نبنيها لك بالذهب» وهذا كان من طيب نفوسهم فكذلك بناؤها بالطين انتهى. ص: **(وله هدم مسجد)** ش: هذه مسألة ذكرها في كتاب الاستحقاق من المدونة. وتكلم الشيخ أبو الحسن على حكم النقض هل لا يؤخذ إلا عين النقض أو إن كان بشبهة أخذت قيمته قائماً وإلا أخذ النقض، وأطال وجلب كلام الأشياخ ومحصله اختصره ابن عرفة فقال: وفي جعل نقض المسجد في حبس مطلقاً أو إن كان بانيه غاصباً وإن كان ذا شبهة جعلت قيمته في حبس قولان، الظاهر قول ابن القاسم فيها والصقلي عن سحنون وصوّبه اللخمي وقال لي: لا بد من هدمه لمخالفته بناء المسجد؛ جعل نقضه في حبس مثله وما شاكلها أخذه المستحق بقيمته، وإن بنى بشبهة وأبى المستحق من دفع قيمة البناء والآخر من قيمة الأرض وكانا شريكين، فإن حمل القسم وفي حظ الحبس ما يصح مسجداً قسم وإلا بيع وجعل منابه في مثله. انتهى. ومعنى القولين على ما ذكرناه أول الكلام. وقوله: وقال: ذكره اللخمي تفريعاً على قول ابن سحنون. وقوله: «لمخالفته بناء المسجد» لعله بناء الدور لأنه الذي يصح به الكلام وهو كذلك في التبصرة والله أعلم.

فرع: قال أبو محمد: وعلى قول ابن القاسم بجعل النقض في مسجد آخر، فإن لم يكن في موضعه مسجداً نقل ذلك النقض إلى أقرب المساجد إليه ويكون الكراء على نقلانه منه

ما يجوز له، وهو كمن ابتاع عبداً فسرقه منه رجل فترك له قيمته ثم قام ربه فإنما يتبع السارق خاصة **(بخلاف مستحق مدعي حرية إلا القليل)** من المدونة: لو نزل عبد ببلد فادعى الحرية فاستعانه رجل فعمل له عملاً له بال من بناء أو غرس أو غيره بغير أجر أو وهبه ما لا يلزمه إذا استحقه، أخذ قيمة عمله ممن استعمله إلا أن يكون عملاً لا بال له كسقي الدابة ونحوه **(وله هدم مسجد)** انظر هذا مع قوله «إلا المحبسة فالنقض». قال في المدونة: وذلك كمن ابتاع عبداً فأعتقه ثم استحق فلربه رد البيع والعتق، وانظر إذا استحقت البقعة المحبسة ورجع محبسها بالثمن على من باع منه ما يفعل بالثمن. انظره في أواخر نوازل ابن سهل قبل ترجمة بيع نقض الحبس إذا انهدم **(وإن**

وَإِنِ آسْتُحِقَّ بَعْضٌ: فَكَالْمَبِيعِ،

ويجوز لمن أخذه في كرائه ملكه انتهى. ص: **(وإن استحق بعض فكالمبيع)** ش: كذا في بعض النسخ «فكالمبيع»، شبه مسألة الاستحقاق للبعض بمسألة استحقاق بعض المبيع في البيع ولا معنى لهذا التشبيه، لأن فرض المسألة استحقاق بعض المبيع ففيه تشبيه الشيء بنفسه. وفي بعضها «فكالعيب» يعني أنه إذا اشترى الشخص شيئاً واستحق بعضه فحكمه حكم ما إذا ظهر عيب ببعض المبيع فهذه النسخة أنسب، ولكن على كل حال فقد قدم المؤلف حكم استحقاق البعض في فصل الخيار وإنما نبه عليه هنا لأنه بابه والله أعلم. ولا بأس بذكر حكم استحقاق البعض على سبيل الاختصار وذكر كلام المؤلف بعده فنقول: إذا استحق بعض المبيع فلا يخلو إما أن يكون شائعاً فإنه يخير المشتري في التمسك ويرجع بحصة الجزء المستحق من الثمن وفي رده لضرر الشركة، وسواء استحق الأقل أو الأكثر. وإن استحق جزء معين فلا يخلو إما أن يكون مقوماً أو مثلياً. فإن كان مقوماً كالعروض والرقيق والحيوان فإن استحق البعض رجع بحصته بالقيمة لا بالتسمية، وإن استحق وجه الصفقة تعين رد الباقي ولا يجوز التماسك بالأقل، وإن كان مثلياً، فإن استحق الأقل رجع بحصته من الثمن. وفي الرد قال في المدونة: ومن ابتاع ثياباً كثيرة أو صالح بها عن دعواه فاستحق بعضها أو وجد بها عيب قبل قبضها أو بعده، فإن كان ذلك أقلها رجع بحصته من الثمن، وإن رضي البائع إذ لا يعرف ثمنه حتى يقوم وقد وجب الرد فصار بيعاً مؤتنفاً بثمن مجهول انتهى. وهذا أيضاً يخالف فيه أشهب وابن حبيب ويجيزان التمسك بالأقل. قاله أبو الحسن. وقال: قوله: «فإن كان ذلك أقلها إلى آخره» لأن هذا ليس بيعاً مؤتنفاً بثمن مجهول لأن البيع لم يزل جائزاً بالعقد الأول انتهى. ويقال: لأي شيء ينتقض البيع إذا استحق الأكثر ولا ينتقض في الأقل والله أعلم. ثم قال في المدونة

استحق بعض فالكعيب) لا شك أن هذا تصحيف وإنما هو «فكالمبيع» لأن باب البيع وباب الاستحقاق في هذا واحد. وقد تقدم في العيوب قوله «ورد بعض المبيع بحصته» ثم قال: ولا يجوز التمسك بأقل استحق أكثره، وتقدم أن صواب هذا أيضاً أن يقول عيباً أكثره لأنه في هذا الباب أحال عليه. ونص المدونة قال مالك: من اشترى ثياباً كثيرة فاستحق بعضها أو وجد به عيب قبل قبضها أو بعد، فإن كان ذلك أقلها رجع بحصته من الثمن فقط، وإن كان وجه الصفقة. محمد: مثل أن يقع له أكثر من نصف الثمن انتقض ذلك كله ورد ما بقي، ثم لا يجوز أن يتماسك بما بقي بحصته من الثمن وإن رضي البائع إذ لا يعرف حتى يقوم، وقد وجب الرد فصار بيعاً مؤتنفاً بثمن مجهول. وأجازه ابن حبيب. ولو كان ما ابتاع مكيلاً أو موزوناً، فإن استحق القليل منه رجع بحصته من الثمن ولزمه ما بقي، وإن كان كثيراً فهو مخير في أن يحبس ما بقي بحصته من الثمن أو يرده. وكذلك في جزء شائع مما لا ينقسم لأن حصته من الثمن معلومة قبل الرضا به. انتهى

وَرُجِعَ لِلتَّقْوِيمِ وَلَهُ رَدُّ أَحَدِ عَبْدَيْنِ ٱسْتُحِقَّ أَفْضَلُهُمَا بِحُرِّيَّةٍ. كَأَنْ صَالَحَ عَنْ عَيْبٍ بِآخَرَ، وَهَلْ يُقَوَّمُ الْأَوَّلُ يَوْمَ الصُّلْحِ أَوْ يَوْمَ الْبَيْعِ؟ تَأْوِيلَانِ،

إثر الكلام المتقدم: ولو كان ما ابتاع مكيلاً أو موزوناً فإن استحق القليل منه رجع بحصته من الثمن ولزمه ما بقي، وإن كان كثيراً فهو مخير في أن يحبس ما بقي بحصته من الثمن أو يرده، وكذلك في جزء شائع مما لا ينقسم لأن حصته من الثمن معلومة قبل الرضا به انتهى. ص: **(وله رد أحد عبدين استحق أفضلهما بحرية)** ش: كذا قول أبي سعيد في تهذيبه: ومن ابتاع عبدين في صفقة فاستحق أحدهما بحرية بعد أن قبضه أو قبل فإن كان وجد الصفقة فله رد الباقي. قال الشيخ أبو الحسن: ليس في الأمهات «فله رد الباقي» وإنما فيه «رد الباقي» وهذه متعقبة لأن ظاهره له الرد وله التمسك فيكون كقول ابن حبيب وأشهب انتهى. وما ورد على أبي سعيد يرد على المصنف. وقوله: «بحرية» وكذلك برق وقد دخل في قوله: «وإن استحق بعض فكالعيب» وإنما نبه عليه لأنه قد يتوهم في هذه أنها صفقة جمعت حلالاً وحراماً فترد كلاهما لأنهما في هذه لم يدخلا على ذلك والله أعلم. ص: **(كأن صالح عن عيب بآخر)**

وقد تقدم هذا. ومختار ابن يونس عند قوله في العيوب ولا يجوز التمسك بأقل **(ورجع للتقويم)** من المدونة قال مالك: من ابتاع سلعاً كثيرة صفقة واحدة فإنما يقع لكل سلعة منها حصتها من الثمن يوم وقعت الصفقة، ومن ابتاع صبرة قمح وصبرة شعير جزافاً في صفقة واحدة بمائة دينار على أن لكل صبرة خمسين ديناراً، أو ثياباً أو رقيقاً على أن لكل عبد أو ثوب من الثمن كذا وكذا، فاستحق أحد الصبرتين أو أحد العبيد أو أحد الثياب، فإن الثمن يقسم على جميع الصفقة ولا ينظر إلى ما سميا من الثمن لأنه لم يبع هذه بكذا إلا على أن الأخرى بكذا فبعضها يحمل بعضاً. محمد: وإن كان الثمن مما لا ينقسم رجع بقيمة الحصة التي قابلت منه المستحق، يريد مثل أن يكون الثمن عبداً وقد استحق ربع الصفقة فإنه يرجع بربع قيمة العبد ولا يرجع في عينه إن كان قائماً لضرر الشركة. وقاله ابن القاسم فيمن وجد ببعض الصفقة عيباً. وانظر إذا استحق جزء مشاع بين أن يكون يسيراً أو كثيراً فرق. **(وله رد أحد عبدين استحق أفضلهما بحرية)** من المدونة: من اشترى عبدين في صفقة فاستحق أحدهما بحرية بعد أن قبضه أو قبل، فإن كان وجه الصفقة فله رد الباقي، وإن لم يكن وجهها لزمه الباقي بحصته من الثمن، وإنما يغرم المستحق أن لو كان عبداً، وكذلك لو كان المستحق مكاتباً أو مدبراً أو أم ولد انتهى. انظر هذا النص هنا فإنه يقتضي أن له التمسك بالباقي وإن لم يكن وجه الصفة بخلاف الفرع بعد هذا وبخلاف ما تقدم قبل قوله «ورجع للتقويم» **(كأن صالح عن عيب بآخر وهل يقوم الأول يوم الصلح أو يوم البيع تأويلان)** من المدونة قال مالك: من اشترى عبداً فأصاب به عيباً فصالحه البائع من العيب على عبد آخر دفعه له جاز، وكأنهما في صفقة، فإن استحق أحدهما فليفض الثمن عليهما وينظر، هل هو وجه الصفقة أم لا كما وصفنا فيمن ابتاع عبدين في صفقة فاستحق أحدهما. انتهى نص ابن

وَإِنْ صَالَحَ فَاسْتُحِقَّ مَا بِيَدِ مُدَّعِيهِ: رَجَعَ فِي مُقَرٍّ بِهِ لَمْ يَفُتْ، وَإِلاَّ فَفِي عِوَضِهِ: كَإِنْكَارٍ عَلَى الأَرْجَحِ، لاَ إِلَى الخُصُومَةِ، وَمَا بِيَدِ المُدَّعَى عَلَيْهِ، فَفِي الإِنْكَارِ يَرْجِعُ بِمَا دَفَعَ، وَإِلاَّ فَبِقِيمَتِهِ،

ش: الذي في أكثر النسخ «كان» وهو الصواب ويعني أن حكم ما إذا اشترى عبداً ثم اطلع فيه على عيب قديم فصالح عنه بعبد آخر ثم استحق أحدهما كحكم اشترائهما في صفقة واحدة. قال في المدونة: ومن اشترى عبداً فأصاب به عيباً فصالحه البائع عن العيب على عبد آخر دفعه إليه جاز، وكأنهما في صفقة واحدة. فإن استحق أحدهما فليفض الثمن عليهما وينظر، هل هو وجه الصفقة أم لا على ما ذكرنا. أبو الحسن: يعني فيمن باع عبدين في صفقة واحدة انتهى. وشبه المؤلف هذه المسألة بتلك كما في تهذيب أبي سعيد إلا أن الحكم الذي يؤخذ من كلامهما في المسألة الأولى ليس كذلك كما تقدم فيكون في هذه أيضاً كذا، ولذلك قال اللخمي: قال ابن القاسم فيمن اشترى عبداً ثم وجد به عيباً فصالح عنه على عبد آخر ثم استحق أحدهما: فسبيلهما سبيل ما اشترى صفقة واحدة يريد إن كانا متكافئين أو استحق الأدنى رجع بما ينوب المستحق ولزم الآخر، وسواء كان المستحق الأول أو الآخر، وإن كان المستحق الأجود رد الآخر انتهى. والله أعلم. ص: **(وإلا ففي عوضه كإنكار على الأرجح)** ش: أي وإن فاتت. قال في المدونة: بتغير بدن أو سوق فيرجع في عوضه أي عوض الشيء المقر به وهو مثل المثلي وقيمة المقوم كما يرجع في الإنكار بعوض الشيء المصالح فيه، فات أو لم يفت، وهو مثل المثلي وقيمة المقوم وهذا يفرقه ذهن الطالب لأن في الإقرار ثبت الشيء له، وأما في الإنكار فلم يثبت فكيف يتوهم أن يأخذه، فيتعين أن يكون المراد عوض الشيء المصالح

يونس. ومن النكت: يفض الثمن على قيمة العبد الأول يوم العقد وقيمة العبد الآخر يوم أخذه ينظر إلى قيمة كل عبد منهما يوم وجب. انظر التأويل الآخر في التنبيهات **(وإن صالح فاستحق ما بيد مدعيه رجع في مقر به لم يفت وإلا ففي عوضه)** من المدونة قال ابن القاسم: من ادّعى شيئاً بيد رجل ثم اصطلحا على الإقرار على عوض فاستحق ما أخذ المدعي فليرجع على صاحب فليأخذ منه ما أقر له به إن لم يفت، فإن فات بتغير سوق أو بدن وهو عرض أو حيوان رجع بقيمته وحكمه حكم البيع. ابن يونس: تحصيله أنه لا خلاف وقال: إنه إذا استحق ما بيد المدعي والصلح على الإقرار أنه يرجع في شيئه أو قيمته أو مثله إن فات كالبيع انتهى. فانظر هذا مع قول خليل: **«وإلا ففي عوضه» (كإنكار على الأرجح لا إلى الخصومة)**. سحنون: إن استحق ما قبض المدعي في الصلح على الإنكار فليرجع بقية ما قبض، ومثله إن كان يوجد له مثل. ابن يونس: هذا هو الصواب لا الرجوع إلى الخصومة، ويكون كمن صالح من دم عمد وجب له على عبد فاستحق فإنه يرجع بقيمة العبد إذ لا ثمن معلوم لعوضه فكذلك هذا **(وما بيد المدعى عليه ففي الإنكار يرجع بما دفع إن لم يفت وإلا فبقيمته)** من المدونة قال ابن القاسم: إن كان الصلح على الإنكار فاستحق ما بيد المدعى عليه فليرجع بما دفع إن لم

وَفِي الإِقْرَارِ لاَ يَرْجِعُ:

به والله أعلم. ص: (وفي الإقرار لا يرجع) ش: قال أبو الحسن الصغير في صلح الإقرار على عوض بعد أن تكلم على ما إذا استحق العوض: ولو استحق ما بيد المدعى عليه فقال أشهب في المجموعة: إن استحق بالبينة والحكم فليرجع على المدعي بما دفع إليه. وقال الطحاوي في كتابه: لا يرجع بشيء لأنه أقر أنه للمدعي وأن ما أخذ منه ظلم. وذكر أن هذا قول لأهل المدينة وابن أبي ليلى ومن قال بقولهم ثم قال الشيخ: والعمل عندنا اليوم على ما في كتاب الطحاوي والمدنيين أنه لا يرجع ويقال للمستحق من يده تأخذ التسخة وترجع على بائعك بالثمن أو تخاصم ثم لا رجوع لك انتهى. وانظر ما معنى قوله: «ويقال للمستحق إلى آخره» والله أعلم. وفي معين الحكم: فإذا أعذر للذي ألفى في يده العبد أو الدابة فالصواب أن يقال: لا حجة لي إلا أن أرجع على من باع مني، فإن ادعى الذي ألفى في يده العبد أو الدابة مطعناً في الشهود أجل، فإن عجز بعد ذلك حكم عليه، ثم لا يكون له رجوع على البائع لأن قيامه عليه إنما هو بالبينة التي أعذر فيها فإذا طعن فيها لم يكن له قيام انتهى. وصرح ابن سلمون بأن من استحق شيئاً وادعى فيه دافعاً وعجز عنه لم يبق له رجوع على بائعه والله أعلم.

مسألة: قال في النوادر في كتاب الأقضية الأول في ترجمة من قيم عليه في شيء، هل يقوم على من باع منه قبل الحكم وهو في أثناء ترجمة كبيرة. وفي كتاب ابن سحنون: سأل حبيب سحنوناً فيمن اعترف من يده شيء وثبت عليه بشاهد واحد فيريد المشهود أن يأخذ حميلاً على من باع ذلك لئلا يحكم عليه في وقت يغيب هذا فيه قال: لا حميل له عليه ولا يعرض له حتى يحكم عليه انتهى.

تنبيهات: الأول: من ادعى الحرية وذكر أنه من بلد كثر فيه بيع الأحرار ووافقه المبتاع على أنه اشتراه من تلك البلد فقال ابن سهل: قال محمد بن الوليد ويحيى بن عبد العزيز: إنه يكلف المشتري إثبات رقه. وقاله سحنون. وقال ابن لبابة: البينة على مدعي الحرية. وكان عبد الأعلى يفتي بما قال: قال أصحابنا: الفساد الزمان ولست أراه. وقال ابن زرب: على السيد الإثبات على صحة ابتياعه ممن كان ملكاً له وبذلك أفتوا في فتنة ابن حفصون. انتهى من مسائل العتق وهي قبل مسائل النكاح.

الثاني: إذا ادعت الحرية ثم أقرت بالرق فقال ابن سهل في المحل المذكور: قالت طائفة: لا يقبل رجوعها لأنها قد استحقت بدعواها، فليس لها أن ترق نفسها وقالت طائفة يقبل

يفت، فإن فات بتغير سوق أو بدن وهو عرض أو حيوان رجع بقيمته (وفي الإقرار لا يرجع). أشهب: إن اصطلحا على الإقرار فاستحق ما بيد المدعى عليه بالبينة والحكم فليرجع على المدعي بما دفع إليه الطحاوي: لا يرجع بشيء لأنه أقر أنه للمدعي وإنما أخذ منه ظلماً وذكر أن هذا قول أهل

كَعِلْمِهِ صِحَّةَ مِلْك بَائِعِهِ،

رجوعها وتبقى مملوكة لسيدها قال ابن عتاب: وبه أفتيت واختاره القاضي. ابن بشير: ولم يذكر لنا ابن عتاب إذ ذكرها في سماع ابن القاسم قال مالك: يسمع نزوعها إلا أن يخاف أنها إنما نزعت من خوف وأرادت ذكره واستحيت منه انتهى.

الثالث: إذا اعترف المملوك بالرق ثم ادعى الحرية، هل يقبل منه؟ انظر ابن سلمون في بيع الرقيق فإنه ذكر فيه قولين. وعلى أنه يقبل منه فإذا ثبت ذلك وكان البائع عديماً، فهل يرجع عليه بالثمن؟ فيه خلاف ذكره ابن رشد في آخر سماع عيسى من كتاب الجهاد ورسم لم يدرك من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق.

الرابع: إذا شهد الشهود على الحرية في العلم هل يفيد ذلك أم لا؟ انظر الباب الثالث والأربعين من التبصرة لابن فرحون، وانظر ابن سهل في المحل المذكور أولاً فإنه ذكر في ذلك خلافاً وفيه مسائل من هذا الباب، وانظر الباب الثاني والعشرين من التبصرة فإن فيه أن الأصل الحرية وفي أول الكتاب في الفرق بين المدعي والمدعى عليه.

الخامس: إذا أراد وضع قيمة العبد المستحق والذهاب إلى البلد التي فيها بائعه فله ذلك في المستحق برق لا بحرية كما قاله في وثائق الجزيري، وفي سماع عيسى المذكور، وفي رسم القبلة من سماع ابن القاسم من الاستحقاق والله أعلم. ص: **(كعلمه صحة ملك بائعه)** ش: قال الشيخ أبو الحسن الصغير في شرح مسألة الصلح المتقدمة: وقد اختلف إذا كان في عقد الشراء وعلم المبتاع صحة ملك البائع المذكور حين انبرام البيع وانعقاده، فقال ابن القاسم وأشهب: لا يرجع إذا استحق ذلك من يده. وقال غيرهما: يرجع. انتهى. وفي أول البيوع من معين الحكام مسألة: إذا صرح المبتاع بصحة ملك البائع لما باع ثم طرأ استحقاق. فهل له رجوع على البائع أو لا؟ في ذلك روايتان: إحداهما أنه يرجع على البائع ولا يضره إقراره، والأخرى أنه لا يرجع عليه بشيء. رواها أصبغ وعيسى عن ابن القاسم. قال ابن العطار: وبالرواية الأولى القضاء قالوا: وهو دليل المدونة لأنه قال في كتاب الاستحقاق منها فيمن له

المدينة. **(كعلمه صحة ملك بائعه)** المتيطي: من ابتاع ملكاً على صحة تملك البائع له وأقر بذلك، فلا يلزم تحويزه ولا إنزاله فيه، فإن دفعه عنه دافع كانت المصيبة من المبتاع. قاله سحنون. وقال ابن سلمون: غير الأصول من الرقيق والدواب والعروض يكتب في استحقاقه يعرف شهوده أنه ما خرج عن ملكه حتى الآن، فإذا ثبت هذا فلا بد من اليمين أنه ما خرج ذلك عن ملكه، فإذا ثبت الاستدعاء واليمين أعذر إلى الذي ألفى ذلك بيده، فإن ادعى مدفعاً أجله ثم لا رجوع له بعد ذلك على من باع إن لم يقدر على حل ذلك منه لأنه قد أكذب ما ثبت، وإن لم يدع مدفعاً رجع على من باع منه وتكتب أعذر إلى فلان فيما ثبت فقال إنه لا مقال له في ذلك ولا مدفع إلا الرجوع على من باع منه

لاَ إِنْ قَالَ دَارَهُ،

على رجل ألف درهم فحط عنه خمسمائة درهم على أن أخذ منه عبده ميموناً بخمسمائة ثم استحق العبد أنه يرجع بالألف. فقوله: «عبده ميموناً» تصريح بإضافة العبد إليه. ص: (لا إن قال داره) ش: قال في المتيطية في أوائل البيوع: وقولنا: ابتاع منه جميع الدار أولى من إضافتها إلى البائع، فيقال: جميع داره، وكذلك جميع ما يبتاع من ملك أو سلعة لما وقع في ذلك من الاختلاف، فقد ذكر بعض الموثقين أنه إذا أضيف شيء من ذلك إلى البائع ثم استحق من يد المبتاع فإنه لا يرجع على البائع بشيء لأن في إضافة ذلك إليه إقراراً من المبتاع بتحقيق تمليك البائع لما باع منه، فإذا استحق من يده فقد علم أنه لم يستحق بحق فلم يكن له الرجوع، وكان يرى أن يعقد الموثق ابتاع منه جميع الدار الذي ذكر البائع أنها له أو ابتاع منه جميع الدار التي بموضع كذا، ولا يرى أن يقول جميع الدار التي له. وقال غيره من الموثقين: إن قولك: «جميع الدار» أو «جميع داره» بإضافة أو بغير إضافة سواء إن استحق ذلك من يد المبتاع رجع به على البائع، وقد أشار إلى ذلك أشهب في المجموعة فقال: إنه يرجع بالثمن على البائع، والظلم إنما وقع عليه دون المبتاع لأن بينة المستحق تقول: إنه باع ما ليس له. قال ابن الهندي: والذي تدل عليه الأصول أن قول الموثق: «جميع الدار التي له» ليس بمانع للمبتاع من الرجوع على البائع بالثمن عند الاستحقاق إذ قد أحكمت السنة الرجوع عليه حتى لو لم يقل في الوثيقة ومرجع دركهم، والدليل على ذلك ما نص عليه أهل العلم في نص الوثائق في بيع جميع الأملاك فإنهم استفتحوا ذلك: اشترى فلان من فلان جميع ما جرته أملاكه وضمنته فوائده وجمعته مكاسبه. وقولهم هذا كقول الموثق جميع الدار التي لا فرق في ذلك، فلو كان هذا عندهم لرجوع المبتاع عند الاستحقاق على البائع ما كتبوه. وقد دارت غير مرة فقضي فيها بالرجوع بالدرك، وقد أوقفت على ذلك جماعة من أهل العلم الماضين فلم نجد عند أحد منهم

انتهى. انظر هذ هل هو على الرواية التي ليس بها القضاء وستأتي الروايتان. (إلا إن قال داره). المتيطي: وقولنا ابتاع منه جميع الدار أولى من إضافتها إلى البائع فيقول جميع داره، وكذلك جميع ما يبتاع من ملكه أو سلعه لما وقع في ذلك من الاختلاف، فقد قيل: إذا أضيف شيء من ذلك إلى البائع ثم استحق من المبتاع فإنه لا يرجع على البائع بشيء إلا في إضافة ذلك إقراراً من المبتاع بتحقيق تملك البائع لما باع منه. وقال ابن الهندي: الذي يدل عليه الأصول أن له الرجوع على البائع وإن أضاف المبيع إليه، والدليل على ذلك ما مضى عليه أهل العلم في عقد الوثائق يفتتحونها فاشترى من فلان ما حوت أملاكه. قال غير واحد: وهذا هو الصواب. لو أن المبتاع صرح بتملك البائع للمبيع ثم استحق ذلك من يده فإن في رجوعه على البائع روايتين، والذي به القضاء أنه يرجع. هذا في صحيح الإقرار فكيف في هذا! ابن رشد: شراء الرجل داراً لا يخلو من أربعة أوجه: أن يقر للبائع باليد، والملك أو بالملك لا باليد أو باليد لا بالملك، أو لا يقر له بيد ولا ملك. من نوازل سحنون (وفي

وَفِي عَرْضٍ بِعَرْضٍ بِمَا خَرَجَ مِنْ يَدِهِ أَوْ قِيمَتِهِ،

أن ذلك يمنع الرجوع. قال غير واحد من الموثقين: وهذا هو الصواب لأنه ليس في إضافة ذلك إلى البائع إقرار من المبتاع بتمليك البائع له وإنما معنى قوله: «ابتاع منه جميع داره» أي جميع الدار التي ذكر البائع أنها له. وأيضاً فلو أن المبتاع صرح بتمليك البائع للمبيع ثم استحق ذلك من يده فإن في رجوعه على البائع روايتين: إحداهما أنه يرجع على البائع ولا يضره إقراره، والأخرى أنه لا يرجع عليه بشيء رواها أصبغ وعيسى عن ابن القاسم. قال ابن العطار: وبالرواية الأولى القضاء. هذا في صريح الإقرار فكيف بلفظ لا يحتمل إلا على بعد. والذي وقع لابن القاسم في العتبية من سماع عيسى وحكاها أيضاً فضل ابن مسلمة عن ابن القاسم أنه إذا أقر المبتاع أن جميع المبيع للبائع منه ثم استحق من يده أنه لا يرجع على البائع بشيء. وقال أشهب وعبد الملك وابن وهب وسحنون وغيرهم: لا يمنع ذلك من الرجوع عليه، وهذا اختيار الشيوخ بالأندلس وهو دليل ما في كتاب الاستحقاق من المدونة فيمن له على رجل ألف درهم فحط عنه خمسمائة على أن يأخذ منه عبده ميموناً بخمسمائة ثم استحق العبد أنه يرجع بالألف. فقوله: «على أن أخذ منه عبده ميموناً» كقول الموثق: ابتاع منه داره. وقال عباس في وثائقه: سألت عن ذلك محمد بن إدريس الفقيه، فذكر أن ابن القاسم لا يبطل رجوع المبتاع بذلك على البائع إلا أن يقر أنها من خطة آبائه وأجداده فيبطل دركه حينئذ عنده، وكذلك في العبيد والدواب لا يبطل دركه إلا أن يقر أن ذلك من تلادة البائع فيبطل دركه. انتهى ونحوه في الوثائق المجموعة. وقوله: «من خطة آبائه» أي من بناء آبائه، وقوله: «من تلادة» أي ولد عنده والله أعلم. وفي حاشية المشذالي في آخر كتاب الاستحقاق بعد أن ذكر قول ابن العطار: «وبالرواية الأولى القضاء» ابن عبد السلام: والأصح من القولين عدم الرجوع انتهى. وفي أبي الحسن الصغير إثر الكلام المتقدم وذكر الباجي أنه اختلف أيضاً إذا كان في عقد الشراء داره أو الدار التي له قال: ينبغي أن يتحرز الموثق من الخلاف فيسقطه ويكتب داراً أو الدار التي ذكر أنها له. وذكر ابن العطار في وثائقه القولين قال: والقضاء بأنه يرجع. قال ابن الهندي: إذا قال في آخر الوثيقة على سنة المسلمين ومرجع دركهم فإنه يسقط الخلاف ويكون له الرجوع قولاً واحداً انتهى. والظاهر أن قوله: «وذكر ابن العطار الخ» راجع إلى كلامه الأول في المسألة الأولى. وذكر ابن رشد القولين في سماع عيسى من كتاب الاستحقاق فقف عليه إن أحببته فقد ظهر معنى قول المصنف: «لا إن قال داره» أي لا إن قال الموثق في الوثيقة داره أو الدار التي له، وقد علمت أن هذا هو الصحيح. وأما المسألة الأولى فلو أشار المؤلف فيها إلى القول الثاني ولو بصحح أو عمل به لكان حسناً والله أعلم. ص: (أو قيمته) ش: والقيمة يوم البيع.

عرض بعرض بما خرج منه أو قيمته) من المدونة قال مالك: من باع عبداً بعبد فاستحق أحدهما من

إلاَّ نِكَاحاً وَخُلْعاً، وَصُلْحَ عَمْدٍ، وَمَقَاطَعاً بِهِ عَنْ عَبْدٍ أَوْ مَكَاتَبٍ

قاله في كتاب الاستحقاق من المدونة أبو الحسن، لأن البيع صحيح وإنما يراعى يوم القبض في البيع الفاسد أو الهبة على أحد القولين انتهى. والفوات بتغير السوق والبدن والعتق والاستيلاد وتزويج الأمة. قاله في المدونة والله أعلم. ص: **(إلا نكاحاً) ش:** ذكر ست نظائر والسابعة مسألة الصلح على الإنكار إذا استحق الشيء المصالح به. وانظر لو مات العبد في يدها ثم استحقت في أبي الحسن الصغير في كتاب الاستحقاق. ص: **(أو مقاطعاً به) ش:** قال في كتاب البيوع من المدونة: وإذا بعت عبدك من نفسه بأمة له فقبضتها ثم استحقت أو وجدت بها عيباً لم يكن لك ردّها عليه وكأنك انتزعتها منه وأعتقته، ولو بعت بها نفسه وليست له يومئذ رجعت عليه بقيمتها لا بقيمته كما لو قاطعت مكاتبك على أمة في يده فقبضتها وأعتقته وتمت حريته ثم استحقت أو وجدت بها عيباً فإنك ترجع عليه بقيمتها ديناً، وهذا كالنكاح بها بخلاف البيوع انتهى. قوله: «ولو بعته بها نفسه وليست له يومئذ» قال ابن يونس: قال يحيى: وهو يعينها في ملك غيره. وقوله: «كما لو قاطعت مكاتبك إلى آخره» يريد ويجوز أن يقاطع المكاتب على عبد في يديه، فإن استحق أو وجد بها عيب رجع بقيمته بلا خلاف في هذا لأن سيده كان غير قادر على أخذ ماله فهو بخلاف العبد، وإن أعتق عبده على عبد موصوف فاستحق أو وجد به عيب رجع عليه بمثله في صفقة. ابن يونس: فصار ذلك على ثلاث رتب: في المعين لا يرجع عليه بشيء، وفي الموصوف يرجع عليه بمثله، وإذا كان المعين لغيره رجع بقيمته انتهى من ابن يونس ونقله أبو الحسن ونقل بقية

يد مبتاعه أو رده بعيب فإنه يرجع في عبده الذي أعطاه فيأخذه إن وجده، وإن مات بتغير سوق أو بدن لم يكن إلا قيمته يوم الصفقة ولا يجمع لأحد في هذا خيار في أخذ السلعة أو تضمينها **(إلا نكاحاً وخلعاً)** من المدونة قال مالك: وإن تزوجت المرأة بشقص من دار فأراد الشفيع أخذه فليأخذه بقيمة الشقص لا بصداق مثلها. ومن نكح بعبد فاستحق أو وجدت به المرأة عيباً فإنها ترده وترجع على الزوجة بقيمة العبد لا بمهر مثلها وتبقى له زوجة والخلع بهذه المنزلة. قال أشهب: وسواء استحق بملك أو حرية فإنما ترجع بقيمته **(وصلح عمد)** من المدونة قال مالك: من صالح من دم عمد على عبد جاز ذلك، فإن استحق العبد رجع بقيمته إذ لا ثمن معلوم لعوضه ولا سبيل إلى القتل **(أو مقاطعاً به عن عبد)** من المدونة: إن أعتق عبده على شيء بعينه ثم استحق ذلك الشيء فالعتق ماض لا يرد، وهذا بين لا شك فيه لأنه كأنه مال انتزعه منه ثم أعتقه انتهى. فإن كان خليل عنى هذا فانظر ما القدر المشترك بين هذا الفرع والفرعين قبله فإن حكم هذا الفرع غير حكم النكاح والخلع **(أو مكاتب)** من المدونة قال مالك: من كاتب عبده على عرض موصوف أو حيوان أو طعام فقبضه وأعتق العبد ثم استحق ما دفع العبد من ذلك، فأحب إليّ أن لا يرد العتق ولكن يرجع عليه بمثل ذلك. قال في كتاب المكاتب: فإن قاطعه على عبد فاعترف مسروقاً فليرجع السيد على المكاتب بقيمة العبد

أَوْ عُمْرَى، وَإِنْ أُنْفِذَتْ وَصِيَّةُ مُسْتَحِقٍ بِرِقٍّ: لَمْ يَضْمَنْ وَصِيٌّ وَحَاجٌّ: إِنْ عُرِفَ بِالْحُرِّيَّةِ، وَأَخَذَ السَّيِّدُ مَا بِيعَ، وَلَمْ يَفُتْ بِالثَّمَنِ: كَمَشْهُودٍ بِمَوْتِهِ، إِنْ عُذِرَتْ بَيِّنَتُهُ، وَإِلاَّ فَكَالْغَاصِبِ، وَمَا فَاتَ، فَالثَّمَنُ: كَمَا لَوْ دَبَّرَ، أَوْ كَبِرَ صَغِيرٌ.

النظائر والله سبحانه أعلم. ص: **(أو عمرى)** ش: يريد أن من أعمر رجلاً حياته داراً ثم أعطى المعمر داراً ثم أعطى المعمر. بكسر الميم. المعمر. بفتحها. عبداً عوضاً عما جعله له من العمرى، ولا يجوز أن يعطي رجل عبد الرجل ليعمره داراً فليس مراداً هنا والله أعلم. ص: **(إن عرف بالحرية)** ش: هذا كقوله في كتاب الاستحقاق من المدونة: فإن كان معروفاً بالحرية لم يضمن الوصي ولا متولي الحاج. قال أبو الحسن: ظاهره أن مع الجهل يحمل على الرق. وفي آخر كتاب الرجم أن الناس محمولون على الحرية. فمعنى قوله هنا: إن كان معروفاً بالحرية فيمن ظهرت فيه مخايل الرق أو صفة تؤذن بالرق، وأما مع الجهل بحاله فمحمول على الحرية كما قال بعض في كتاب الرجم فيفسر هذا الموضع بما قلناه ثم قال: ومفهوم قوله: «إن كان معروفاً» أنه لو كان غير معروف لضمن لأنه تعدى على مال الغير انتهى. ويعني تغيير المعروف من ظهرت عليه مخايل الرق أو من فيه ريبة كما تقدم. ص: **(وأخذ السيد ما بيع ولم يفت بالثمن)** ش: قال في المدونة: ويأخذ السيد ما كان قائماً من التركة لم يبع، وما بيع وهو قائم بيد مبتاعه فلا يأخذه السيد إلا بالثمن ويرجع بذلك الثمن على البائع. قال أبو الحسن: قوله: «يرجع على البائع» وقال أولاً: «لم يضمن الوصي» قالوا: معنى ما تقدم أن الثمن فات وصرفه في مصارفه. ومعنى قوله: «يرجع على البائع» أن الثمن قائم بيده انتهى. يريد أو صرفه في غير ما لم يوص به الميت. ص: **(وإلا فكالغاصب)** ش: قال في المدونة: فإن لم تأت البينة بما تعذر به من شبهة دخلت عليهم فذلك كتعمدهم الزور فيأخذ متاعه حيث وجده. قال الرجراجي: وسواء كانت شهادتهم عند الورثة أو عند القاضي. وتأول القاضي إسماعيل المدونة على أنهم شهدوا عند الورثة، وأما إن شهدوا عند القاضي فلا سبيل إلى متاعه إلا بالثمن. قال الرجراجي: وهذا الذي قاله مخالف لنص المدونة والله أعلم.

تنبيه: قال أبو الحسن: وحملهم على الكذب حتى يأتوا بالشبهة والله أعلم. ص: **(وما فات فالثمن)** ش: هذا قسم قوله: ما بيع ولم يفت يعني وأما ما فات فإنما له الرجوع بالثمن على الذي باع ذلك. وقاله في المدونة.

(أو عمرى وإن أنفذت وصية مستحق برق لم يضمن وصي وحاج إن عرف بالحرية وأخذ السيد ما بيع ولم يفت بالثمن كمشهود بموته إن عذرت بينته وإلا فكالغاصب وما فات فالثمن كما لو دبر أو كبر صغير) من المدونة قال ابن القاسم: من أوصى بحج أو غيره ثم مات فبيعت تركته

....

فرع: قال في كتاب الرهون من المدونة: وإذا باع السلطان الرهن ودفع ثمنه إلى المرتهن ثم استحق الرهن وقد فات عند المبتاع أو غاب عليه المبتاع فلم يوجد، فللمستحق إجازة البيع وأخذ الثمن من المرتهن ويرجع المرتهن بحقه على الراهن. وقاله مالك فيمن باع سلعة فاستحقها صاحبها. وقد دارت في أيدي رجال أنه يأخذ الثمن من أيهم شاء. انتهى من أبي الحسن وفوات الشيء المستحق إنما هو بزوال عينه أو ما يقوم مقام زوال عينه. وقوله: «أو غاب» به المبتاع في الأمهات «وغاب»، واختصار أبي سعيد أحسن لأنه معنيان، ومفهومه أنه لو لم يفت لكان الحكم غير هذا وهو أنه يأخذه المستحق من غير ثمن. ولا يرد هذه مسألة محمد في الذي يباع عليه ماله وهو غائب ثم قدم فأثبت البراءة من الدين أنه قال: يأخذ ذلك بالثمن. والفرق بينهما أن مسألة محمد بيع على ملك الغائب، وهذا بيع على غير ملك المستحق. وانظر مسألة محمد في كتاب الأقضية لابن يونس انتهى. وانظر ابن سلمون في باب من أحاط الدين بماله. وقال أبو الحسن: قوله: «فللمستحق إجازة البيع وأخذ الثمن من المرتهن». عياض: الذي يقطع به أن مذهب المدونة أن رجوعه على المرتهن. والذي قال ابن حبيب وأصبغ عن ابن القاسم أنه إنما يرجع على الراهن إلا أن يكون عديماً فيرجع على المرتهن. الشيخ: وسبب الخلاف هل هذا الراهن إنما بيع على الراهن وفيما عليه أو إنما بيع لحق المرتهن وأنه بحكم الحاكم. بالبيع زال ملك الراهن؟ وبعضهم حمل المدونة على أن الراهن عديم ثم قال: قوله: «يأخذ الثمن من أيهم شاء إلا الأخير» فإنه لا يرجع على أحد، فإن أخذه من الأول صحت جميع الصفقات بخلاف الشفعة إن أخذه من الأول بطلت جميع الصفقات. والفرق بينهما أنه إنما يرجع بالثمن والشفعة إنما يرجع في الدار انتهى. وتقدم في آخر باب الغصب شيء من هذا. وقال البرزلي في أثناء كتاب الأقضية: قال اللخمي في كتاب التخيير: من أثبت

وأنفذت وصيته ثم استحقت رقبته، فإن كان معروفاً بالحرية لم يضمن الوصي ولا متولي الحج شيئاً ويأخذ السيد ما كان قائماً من التركة لم يبع، وما بيع وهو قائم بيد مبتاعه فلا يأخذه السيد إلا بالثمن ويرجع بذلك الثمن على البائع. وكذلك قال مالك فيمن شهدت بينة بموته فبيعت تركته وتزوجت زوجته ثم قدم حياً، فإن ذكر الشهود ما يعذرون به في دفع تعمد الكذب مثل أن يروه في معركة القتلى فيظنوا أنه ميت أو طعن فلم يتبين أنه به حياة بأن شهدوا على شهادة غيرهم فهذا ترد إليه زوجته، وليس له من متاعه إلا ما وجده لم يبع، وما بيع فهو أحق به بالثمن إن وجده قائماً. وأما إن فاتت عينه بيد مبتاعه أو تغير عن حاله في بدنه أو فات بعتق أو تدبير أو كتابة أو أمة بحمل من السيد أو صغير يكبر فإنما له الرجوع بالثمن على من باع ذلك كله، فإن لم تأت البينة بما تعذر به من شبهة دخلت عليهم بذلك كتعمدهم الزور فليأخذ متاعه حيث وجده، وإن شاء الثمن الذي بيع به وترد إليه زوجته، وله أخذ ما أعتق من عبد أو كوتب أو دبر أو صغير كبر

باب في الشفعة

الشُّفْعَةُ أَخْذُ شَرِيكٍ

ديناً على غائب وباع فيه داره ثم قدم الغائب وأثبت أنه قضاه دينه بعد البيع إذا فات لأنه لم يتعد على الذمة. ابن عات: هو مخالف لما قاله أبو الوليد أنه يجوز بيع الرهن دون الحكم، سواء كان في وثيقة الدين تصديق للمرتهن في الاقتضاء أم لا. فإن ادعى بعد ذلك دفع الدين، فإن لم يشترط التصديق في الاقتضاء وأقام البينة على الدفع انتقض البيع، وإن لم تقم بينة حلف المرتهن ونفذ البيع، وإن نكل حلف الراهن لقد أداه وسقط الدين ونفذ البيع. ذكره ابن فتحون.

قلت: لعل مسألة اللخمي باع بحكم حاكم، ومسألة ابن فتحون بغير حاكم. انتهى من مسائل الأقضية.

باب الشفعة

قال ابن رشد في المقدمات: والأصل في تسميتها بذلك هو أن الرجل في الجاهلية كان إذا اشترى حائطاً أو منزلاً أو شقصاً من حائط أو منزل، أتاه المجاور أو الشريك فشفع له في أن يوليه إياه ليتصل له الملك أو يندفع عنه الضرر حتى يشفعه فيه، فسمي ذلك شفعة، وسمي الآخذ شفيعاً والمأخوذ منه مشفوعاً عليه انتهى. والشفعة بسكون الفاء قاله عياض. ص: (أخذ شريك) ش: تمام الرسم قوله ممن تجدد ملكه اللازم اختياراً بمعاوضة عقاراً بمثل الثمن أو قيمته

أو أمة اتخذت أم ولد فليأخذها وقيمة ولدها من المبتاع يوم الحكم كالمغصوبة يجدها بيد مشتر. ابن يونس: وشبه هذه المسائل مسألة الذي باع عليه الحاكم متاعه في دين ثبت عليه في غيبته فيأتي فتثبت البينة أنه قد كان قضاه فلا يأخذ شيئاً مما بيع عليه حتى يدفع الثمن للمشتري. ابن يونس: أعرف أن كل ما باعه يظنه لرجل فإذا هو لغيره فربه أحق به بالثمن أصله ما بيع في المغانم انتهى. انظر مسألة كثيرة الوقوع من يشتري السلعة بدراهم فيدفع فيها دنانير أو عرضاً من العروض ثم تستحق السلعة ثم يرجع، هل بما عقد أو بما دفع؟ بين الوجهين فرق. وقد ترجح على هذا ابن يونس في هذا الكتاب فقال فيمن ابتاع بشيء فنقد خلافه فاستحق الثمن أو المثمون في ذلك راجعه فيه. ابن شاس.

كتاب الشفعة

وفيه ثلاثة أبواب: الأول: في أركانها وهو: المأخوذ والآخذ والمأخوذ منه. الباب الثاني في كيفية الأخذ. الباب الثالث فيما يسقط فيه حق الشفعة (الشفعة أخذ شريك) ابن عرفة: الشفعة استحقاق

وَلَوْ ذِمِّيًا بَاعَ الْمُسْلِمُ لِذِمِّيٍّ: كَذِمِّيَّيْنِ تَحَاكَمُوا إِلَيْنَا،

أو قيمة الشقص. وهو قريب من قول ابن الحاجب. واعترضه ابن عرفة بأنه رسم الأخذ لا رسم ماهية الشفعة، ورسمها هو استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه انتهى.

قلت: قد يقال إنه غير جامع لخروج ما يكون فيه الشفعة بقيمة الشقص فتأمله، واعتراض ابن عرفة المذكور هو في مختصره. ونقل عنه تلميذه البرزلي أنه نقض رسم ابن الحاجب أيضاً بأخذ الشريك الثوب إذا وقف على ثمن وبما إذا وقع ثوب مسلم في الغنائم وأخذه رجلان فأخذه من أحدهما ثم أراد الأخذ من الآخر. انتهى. وقوله: «أخذ شريك» أي بجزء مشاع. وأما لو كان شريكاً بأذرع وهي غير معينة ففيها خلاف. قال مالك: لا شفعه، وأثبتها أشهب ورجح ابن رشد الأول وأفتى به وحكم به بأمره. قاله في آخر كتاب الشفعة من المقدمات. ص: (ولو ذمياً باع المسلم لذمي كذميين تحاكموا إلينا) ش: قال في آخر كتاب الشفعة من المدونة وإذا كانت دار بين مسلم وذمي فباع المسلم حصته من مسلم أو ذمي فلشريكه الذمي أن يشفع كما لو كان مسلماً انتهى. وفي التبصرة للخمي. وإن باع النصراني نصيبه من مسلم أو نصراني كانت للمسلم الشفعة انتهى ثم قال في المدونة إثر الكلام المتقدم: ولو كانت بين ذميين فباع أحدهما لم أقض بالشفعة بينهما إلا أن يتحاكموا إلينا انتهى. وفي أول سماع يحيى من الشفعة: وسألت ابن القاسم عن النصرانيين الشريكين في الأصل يبيع أحدهما حظه من مسلم أو نصراني فتجب الشفعة لشريكه، أيقضي له بها؟ قال: أما على المسلم فيقضي بها للنصراني لأني قد كنت أقضي بها للمسلم على النصراني وأما إذا كان الشفيع نصرانياً وكان شريكه مسلماً أو نصرانياً فاشترى نصراني، فلا أرى أن يقضى بينهما بشيء لأن الطالب والمطلوب نصرانيان فهما يردان إلى أهل دينهما لأن المطلوب يقول: ليس في ديننا الحكم بالشفعة فلا أرى للمسلم أن يحكم بينهما إلا أن يتراضيا على ذلك. ابن رشد: تحصيل القول في هذه المسألة أنه إن كان الشفيع الذي لم يبع أو المشتري المشفوع عليه مسلماً قضي بالشفعة لكل واحد منهما على صاحبه باتفاق المذهب لأنه حكم بين مسلم ونصراني. واختلف إن كان الشفيع والمشتري المشفوع عليه نصرانيين والشريك البائع مسلماً فقال في هذه الرواية: إنه لا يقضى في ذلك بالشفعة ويردان إلى أهل دينهما لأن الشافع والمشفوع نصرانيان. وقال في أصل الأسدية: وهو في بعض روايات المدونة أنه يقضى في ذلك بالشفعة من أجل أن

شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه (ولو ذمياً باع المسلم لذمي كذميين تحاكموا إلينا) من المدونة قال مالك: إذا كانت دار بين مسلم وذمي فباع المسلم حصته من مسلم أو ذمي فلشريكه الذمي الشفعة كما لو كان مسلماً. ابن يونس: لأنه حق موضوع لإزالة الضرر على المال فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب. قال ابن القاسم في المجموعة: إذا باع المسلم شقصه من نصراني والشفيع نصراني فلا شفعة له لأن الخصمين نصرانيان، ولو باع نصراني نصيبه من نصراني فللمسلم الشفعة يريد بلا

أَوْ مُحَبِّساً لِيُحَبِّسَ: كَسُلْطَانٍ

الشريك البائع مسلم. وهو قول أشهب في المجموعة انتهى. فالقول الثاني هو الذي مشى عليه المؤلف فقال: ولو كان الشريك الآخذ بالشفعة ذمياً والحالة أن شريكه مسلم باع لذمي وأشار بـ«لو» إلى القول الأول في كلام ابن رشد ودخل في كلامه بالأحروية ما إذا باع الشريك المسلم لمسلم فيكون لشريكه الذمي الشفعة أو باع النصراني حصته لمسلم أو ذمي فلشريكه المسلم الشفعة أو كانت بين ذميين فباع أحدهما حصته من مسلم لأن هذه متفق على وجوب الشفعة فيها كما تقدم. وقول الشارح قوله: الذمي لو باع المسلم لا شفعة له وليس كذلك. لا يرد على المصنف لأن هذه الصورة داخلة في كلامه بالأحروية فليتأمل. وقول البساطي واعترضوا عليه بأنه مخالف للمدونة.

قلت: ولعله رجح ما لابن القاسم في المجموعة أن المسلم إذا باع لنصراني وشريكه نصراني فلا شفعة للنصراني فيه سهو ظاهر والله أعلم. قوله: «كذميين تحاكموا إلينا» هذه الصورة السادسة فإن للمسألة سبع صور، لأن الدار تارة تكون شركة بين ذمي ومسلم، فتارة يبيع المسلم حصته من مسلم أو ذمي، وتارة يبيع الذمي حصته من مسلم أو ذمي، فإن كانت الدار بين ذميين، فتارة يبيع أحدهما حصته من مسلم أو ذمي فهذه ست. والسابعة إذا كانت الدار بين مسلمين فباع أحدهما حصته من ذمي، فواحدة صريحة في كلام المؤلف وهي ما إذا باع المسلم حصته لذمي وكان شريكه ذمياً وهو على الخلاف والخامسة الأخرى داخلة في كلام المؤلف بالأحروية لأنها متفق عليها، وبقيت واحدة وهي ما إذا كانت بين ذميين فباع أحدهما لذمي فأشار إليها بقوله: «كذميين تحاكموا». وهكذا قال في المدونة: ولو كانت بين ذميين فباع أحدهما نصيبه لم أقض بالشفعة بينهما إلا أن يتحاكموا إلينا. وقال أشهب: إذا كان المبتاع مثلهما فلا شفعه وإن تحاكموا إلينا انتهى. فقول المؤلف: «كذميين تحاكموا إلينا» يعني كما إذا كانت لذميين والحالة أنه باع أحدهما لذمي ويدل على أن أحدهما باع لذمي قوله: «باع المسلم لذمي» وقوله: «ذميين بالجمع» لا بالتثنية كما تقدم وحذف الجار والمجرور في قوله: «إلينا» للعلم به والله أعلم. ص: **(ليحبس)** ش: يريد وأما لو أخذها لنفسه فليس له ذلك.

خلاف، ولو كانت بين ذميين لم أقض بينهما بالشفعة إلا أن يتحاكموا إلينا **(أو محبساً ليحبس)** من المدونة قال مالك: إن حبس أحد الشريكين حظه في دار على رجل وولده وولد ولده فباع شريكه في حظه، فليس للذي حبس ولا للمحبس عليه أخذه بالشفعة إلا أن يأخذ المحبس فيجعله فيما جعل نصيبه الأول **(كسلطان)** قال سحنون في المرتد يقتل وقد وجبت له الشفعة أن السلطان يأخذه إن شاء لبيت المال. وحكى ابن زرب عن بعضهم أن للناظر في بيت المال إذا وقعت حصة في بيت المال من ملك في المواريث أن يأخذ بالشفعة قال: وهو خطأ. قال: ولا تجب له شفعة لأنه ليس يتجر للمسلمين

لاَ مُحَبَّسٍ عَلَيْهِ، أَوْ لِيُحَبِّسَ وَجَارٍ وَإِنْ مَلَكَ تَطَرُّقاً، وَنَاظِرِ وَقْفٍ، وَكِرَاءٍ، وَفِي نَاظِرِ الْمِيرَاثِ.

تنبيه: لو أعمر إنسان إنساناً جزءاً مشاعاً من دار وله فيها شريك فباع شريكه، فللمعمر ـ بكسر الميم ـ أن يأخذه بالشفعة لأن الحصة ترجع إليه بعد موت المعمر ـ بفتح الميم ـ قاله ابن الحاجب. ص: **(وجار وإن ملك تطرقاً)** ش: قال في كتاب الشفعة من المدونة: ولا شفعة بالجوار والملاصقة في سكة أو غيرها ولا بالشركة في الطريق، ومن له طريق في دار فبيعت الدار فلا شفعة له فيها انتهى. قال ابن يونس: لأنه إنما له حق في الجوار لا في نفس الملك انتهى. ص: **(وناظر وقف)** ش: لا إشكال في عدم أخذه بالشفعة على القول الذي مشى عليه المصنف من أن المحبس عليه ليس له أن يأخذ بالشفعة ولو ليحبس. وقد يؤخذ ذلك من قول أبي الحسن في آخر كتاب الشفعة لما ذكر قوله في المدونة أن المحبس عليهم ليس لهم أن يأخذوا بالشفعة. قال ابن سهل: به يستدل على أن صاحب المواريث لا يشفع لبيت المال والمساجد انتهى. والله أعلم. ص: **(وكراء)** ش: أي وكذا لا شفعة في الكراء. وما ذكره المصنف هو أحد قولي مالك ورواية ابن القاسم عنه. وإنما اقتصر عليه لأنه مذهب المدونة في أول كراء الدور والأرضين حسبما أشار إلى ذلك في توضيحه. وصرح ابن ناجي في شرح المدونة بمشهوريته وسيأتي لفظهما. قال في المدونة في كراء الدور: وإذا اكترى رجلان داراً بينهما فلأحدهما أن يكري حصته قال مالك: ولا شفعه فيه لشريكه بخلاف البيع انتهى. قال ابن ناجي: ما ذكره من عدم الشفعة هو المشهور. وقال أشهب وابن المواز: له الشفعة. وقال

إنما هو يجمع لهم ما يجب لهم. ابن رشد: وليس هذا خلافاً لقول سحنون في المرتد لأن سحنوناً قال: ذلك بالنسبة إلى السلطان. وقول ابن زرب هو بالنسبة إلى صاحب المواريث لأن السلطان لم يجعل له ذلك، فلو جعل له السلطان ذلك كان له. ابن عرفة: ظاهر مسألة ابن زرب أن الموروث إنما هو الشقص الذي يجب الشفعة به، وظاهر مسألة سحنون أن الموروث فيها الشفعة نفسها **(للمحبس عليه ولو ليحبس)** ساوى ابن رشد بين المحبس والمحبس عليه أن أحدهما إذا أراد الأخذ بالشفعة لنفسه لم يكن له ذلك، وإن أراد إلحاقها بالحبس فله ذلك، وبهذا ينبغي الفتوى **(وجار وإن ملك تطرقاً)** من المدونة قال مالك: لا شفعة بالجواز والملاصقة في سكة لا تنفذ أو غيرها، ولا شفعة بالشركة في الطريق ومن له طريق في دار رجل فبيعت الدار فلا شفعة له فيها. ابن يونس: لأنه إنما له حق جوار لا حق في نفس الملك **(وناظر وقف)** الذي قال ابن رشد أنه على قياس قولهم إن أراد المحبس أو المحبس عليهم الأخذ بالشفعة ليلحقوها بالحبس فذلك لهم، وإن أراد أجنبي الأخذ بالشفعة للحبس كان له **(وكراء)** من المدونة قال ابن القاسم: وإن أكرى رجلان داراً بينهما فلأحدهما أن يكري حصته منها. قال مالك: ولا شفعة فيه لشريكه بخلاف البيع **(وفي ناظر الميراث قولان)** تقدم قول ابن رشد إن جعل له السلطان ذلك جاز. ولابن عرفة معه بحث انظره فيه. وانظر هنا فرعاً غريباً أن المرء قد يبيع شقصه ثم يشفع فيه وذلك إذا ورث شقص شريكه قبل سقوط شفعته، وهذه إحدى ست المسائل التي

....

في التوضيح في كتاب الشفعة في شرح قول ابن الحاجب: «وفي الثمار والكتابة وإجارة الأرض للزرع قولان» قوله: «وإجارة الأرض للزرع» لا يريد خصوصية هذه المسألة بل كل كراء، والقولان لمالك ومذهب ابن القاسم في المدونة سقوطها وهو قول عبد الملك والمغيرة، وبوجوبها قال مطرف وأشهب وأصبغ، واختلف أيضاً في المساقاة كالكراء والأقرب سقوطها في هذه الفروع لأن الضرر فيها لا يساوي الضرر في العقار الذي وردت الشفعة فيه انتهى. وأصله لابن عبد السلام ونصه: وليس في قول المؤلف: «إجارة للزرع» دليل على خصوصية هذه الصورة بالخلاف في ثبوت الشفعة فيها، بل ذلك عام في كراء العقار، لكن مذهب ابن القاسم سقوط الشفعة في الكراء وهو قول المغيرة وعبد الملك. وقال أشهب ومطرف وأصبغ: فيه الشفعة وهو قول ابن القاسم أيضاً، والقولان مرويان عن مالك. واختلف أيضاً في المساقاة كما اختلف في الكراء، والأقرب في هذه المسائل على أصل المذهب سقوط الشفعة فإن الضرر اللاحق بسبب المشاركة فيها قاصر عن الضرر اللاحق في المسائل المتفق على ثبوت الشفعة فيها انتهى.

تنبيهات: الأول: اعترض الشارح على المصنف في اقتصاره على القول بعدم الشفعة وعدم تعرضه للقول بوجوبها قال في الوسط بعد نقله القولين عن الموازية: فانظر كيف اقتصر الشيخ على عدم الشفعة ولم يحك القول الآخر وهو أولى بالذكر هنا لأنه أحد قولي مالك ورواية ابن القاسم عنه، وبه أخذ هو وأشهب ومطرف وأصبغ وابن المواز وابن حبيب، أو كان يذكر القولين معاً انتهى. ونحوه في الكبير. وقال بدل قوله وهو أولى بالذكر هنا فكان هذا القول أولى بالاقتصار عليه أو يذكر القولين معاً، وعلى هذا فلو قال: «وفي الكراء وناظر الميراث قولان» لكان أحسن والله أعلم. وعلى التسوية بين القولين من غير ترجيح مشى في شامله فقال: وفي الكراء روايتان. وتبع البساطي الشارح في الاعتراض على المؤلف فقال: وكان الأحسن أن يذكر المصنف في الكراء القولين كما في ناظر الميراث لأنهما لمالك. ورجح جماعة الثاني ولم يتعرض ابن غازي لما ذكره الشارح من الاعتراض على المصنف بنفي ولا إثبات، وتعرض له الشريف الفاسي ونظر في اعتراضه، وأجاب عن الشيخ في اقتصاره على القول بعدم الشفعة بما قدمناه ونص إثر قول ابن الحاجب المتقدم قوله: «وإجارة الأرض للزرع» لا يريد خصوصية هذه المسألة بل كل كراء كذلك، والقولان لمالك ومذهب ابن القاسم في المدونة في كراء الدور وسقوطها، وعليه اقتصر الشيخ خليل واعترضه شارحه الشيخ تاج الدين بأن القولين لمالك ورواية ابن القاسم، وبثبوت الشفعة أخذ هو وأشهب ومطرف وأصبغ وابن المواز وابن حبيب، فكان ذكره لهذا القول أولى أو كان يذكرهما، ولهذا حكى في شامله القولين من غير ترجيح وفيه نظر لقوله في التوضيح مذهب المدونة السقوط، ولعله لما لم ير المسألتين في كتاب الشفعة من المدونة لم يعتبر كلامه والله أعلم انتهى. فظهر من هذه النصوص صحة ما قاله المصنف وسقط عنه اعتراض الشارح والبساطي والله أعلم.

الثاني: سيأتي كلام المصنف في الثمار إذا لم تيبس أن فيها الشفعة. وقال في حاشية المشذالي في كتاب الشفعة: فإن قيل: ما الفرق بين الشفعة في الثمار وعدمها في السكنى وكل منهما غلة ما فيه الشفعة؟ قيل: الفرق أن الثمار لما تقرر لها وجود في الأعيان ونمو في الأبدان من الأشجار صارت كالجزء منها. وإليه أشار ابن العربي فأعطيت حكم الأصول ولا كذلك السكنى فلذلك صرح في المدونة بعدم الشفعة فيها. المشذالي: قال الشيخ أبو الحسن في ترجمة اكترى حمامين أو حانوتين من كراء الدور، أن الفرق أن الثمرة أعيان وهي مشتبهة بالأصول ولا كذلك المنافع ألا ترى إذا اشترى الثمرة بعد يبسها في رؤوس الأشجار أنه لا شفعة فيها انتهى. وتأمل الفرق بين الزرع والثمار والله أعلم.

الثالث: على القول بوجوب الشفعة في الكراء فقال اللخمي بشرطين: أن يكون مما ينقسم وأن يشفع ليسكن. قال المشذالي قال الشيخ أبو الحسن في الترجمة المذكورة: قال ابن يونس: قال محمد: وأشهب يرى الشفعة في الكراء وبه أقول، اللخمي: وبه العمل بشرط أن يكون مما ينقسم وأن يشفع ليسكن انتهى. ونقله الباجي عن أبي الحسن أيضاً وزاد إثره: قلت: وليس العمل عليهما عندنا بإفريقية انتهى. أي ليس العمل عندهم بإفريقية على اشتراط الشرطين المذكورين، والشرطان المذكوران ذكرهما اللخمي وعنه نقلهما الشيخ أبو الحسن فإنه بعد أن ذكر الشرطين المذكورين أتى بكلام اللخمي عقب ذلك كالمستدل بذلك، ولنذكر كلامه برمته ونصه ابن المواز: وأشهب يرى الشفعة في الكراء وبه أقول. الشيخ: وعليه العمل وذلك بشرطين: أن يكون مما ينقسم وأن يشفع ليسكن. اللخمي: اختلف إذا كان الكراء في نصف شائع فقال مالك مرة: لا شفعة فيه، ومرة قال: فيه الشفعة. وهذا إذا كانت الدار تحتمل القسمة، فإن أراد الشريك أن يأخذ بالشفعة ليسكن كان ذلك له، وإن أراد ذلك ليكري لم يكن له ذلك وهو بمنزلة من يأخذ الشفعة بالبيع. وكذلك الحانوت يكون بين الشركاء فيكري أحدهم نصيبه شائعاً فلا شفعة في الآخر إذا كان لا يحمل القسم أو كانوا يأخذون بالشفعة ليكرون، وإن كان يحمل القسم وأراد أن يأخذ بالشفعة ليجلس فيه للبيع كان ذلك له، وإن كان يكريه لمن يجلس فيه لم يكن له ذلك. انتهى.

الرابع: قال المشذالي في حاشيته في كراء الدور إثر كلام المدونة المتقدم: وقوله: «فلأحدهما أن يكري حصته» ظاهره ولو من غير شريكه وأنه لا يكون شريكه أحق به من الغير، وهو خلاف ما في سماع ابن القاسم في رجلين وهبت لهما ثمرة شجر عشر سنين حبساً عليهما، ثم أراد أحدهما بيع حصته من ذلك بعد الطيب فشريكه أولى بها انتهى. وهذه المسألة في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم من كراء الدور والأرضين زاد بعد قوله أولى بها ممن أراد شراءها بالذي بذل فيها. قال سحنون: وقال مالك: لا شفعة في الأكرية، وقاله ابن القاسم. قال محمد بن رشد: قول مالك: «أراد شريكه أولى بها في مسألة الكراء ومسألة

....

الثمرة» يريد أولى بها من المشتري بالثمن الذي بذل فيها لأنه يأخذ الثمرة من المشتري بالشفعة يوم تمام الشراء، والكراء من المكتري بالشفعة بعد تمام الكراء. فليس ما قاله مالك في مسألة الثمرة والكراء خلافاً لما حكاه سحنون عن مالك وابن القاسم من أنه لا شفعة في الأكرية لأنهما مسألتان، فالمسألة الأولى وهي أن الشريك أولى بالثمرة وبالكراء بما بذل المشتري والمكتري فيها من الثمن والكراء لا خلاف فيها، وكذلك يجب في كل مشترك لا شفعة فيه، ومثله قول مالك في الذي تكون تحته الأمة لقوم فتلد منه فيبيعونها وولدها أنه أحق بها بما يعطى فيها، وقد مضى القول في ذلك في رسم نقدها من سماع عيسى من كتاب النكاح، والمسألة الثانية وهي هل تكون الشفعة في الكراء بعد تمامه وفي الثمرة بعد الشراء أم لا؟ فيها اختلاف، اختلف في ذلك قول مالك وقع اختلاف في قوله في المدونة في الثمرة وفي الكراء في الواضحة، وأخذ بوجوب الشفعة في ذلك ابن الماجشون وابن عبد الحكم وبأن لا شفعة في ذلك ابن القاسم ومطرف وأصبغ وبه أخذ ابن حبيب. وكذلك اختلف قول مالك أيضاً في الشفعة في الكتابة والدين يباعان هل يكون للمكاتب والذي عليه الدين الشفعة في ذلك أم لا؟ فقال مرة: لهما الشفعة في ذلك وأخذ به مطرف وابن الماجشون وابن وهب وأشهب وأصبغ وابن عبد الحكم وإليه ذهب ابن حبيب وحكى في ذلك حديثاً من مراسيل سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال: «الشفعة في الكتابة والدين». وحكى عن مالك من رواية ابن القاسم عنه أنه استحسن الشفعة في ذلك ولم ير القضاء بها انتهى. وقال ابن الفاكهاني في شرح عمدة الأحكام: إنه لم يقف على نص في مسألة الأمة ومسألة بيع الدين. وقد تقدمت مسألة الأمة في النكاح عند قول المصنف: «وفسخ إن طرأ بلا طلاق» والله أعلم. واقتصر في المسائل الملقوطة على القول بالشفعة في الدين والله أعلم.

الخامس: ما عزاه ابن رشد لابن الماجشون وابن عبد الحكم من الأخذ بوجوب الشفعة في الكراء وبأن لا شفعة لابن القاسم ومطرف وأصبغ وابن حبيب عكس ما نقل صاحب النوادر فإنه عزا لابن الماجشون وابن عبد الحكم عدم الأخذ بالشفعة، ولابن القاسم ومن ذكر معه الأخذ بالشفعة ونصه: قال ابن حبيب: اختلف قول مالك في الشفعة في الكراء، فأخذ ابن القاسم وابن عبد الحكم بقوله: أن لا شفعة، وأخذ مطرف وابن القاسم وأصبغ بقوله: أن فيه الشفعة وبه يأخذ وذلك في كراء الدور والمزارع سواء انتهى. وعلى نقل النوادر مشى ابن عبد السلام والمصنف في التوضيح والشارح كما تقدم في كلامهم، وعلى نقل ابن رشد مشى ابن عرفة ونصه: ابن رشد: إنما وقع اختلاف قول مالك في الشفعة في الكراء في الواضحة وبقوله: بالشفعة فيه. قال ابن الماجشون وابن عبد الحكم وبنفيها فيه. قال ابن القاسم ومطرف وأصبغ وابن حبيب انتهى. ولم يتعرض ابن عرفة لما بين النقلين من المخالفة مع أنه نقل عن النوادر بعض فروع الترجمة التي فيها كلام النوادر المذكور، ولعل لكل من مطرف وأصبغ وابن حبيب قولين

قَوْلاَنِ مِمَّنْ تَجَدَّدَ مِلْكُهُ اللاَّزِمُ آخْتِيَاراً بِمُعَاوَضَةٍ،

في المسألة أيضاً مثل ما لمالك وابن القاسم فتأمل ذلك أيضاً والله الموفق للصواب.

السادس: قول ابن رشد: «وقع اختلاف قول مالك في الثمرة في المدونة وفي الكراء في الواضحة» ظاهره قول مالك لم يختلف في الكراء في المدونة واستقرأ الخلاف منها الشيخ أبو الحسن الصغير من قوله في المدونة في كتاب الشفعة: ومن أعمر عمرى على عوض لم تجز وردت ولا شفعة فيه لأنه كراء فاسد. ظاهر هذا التعليل أن الشفعة في الكراء الصحيح وهو خلاف ما في كراء الدور وهو قول أشهب، وقاله ابن القاسم أيضاً ورجحه ابن المواز وبه مضى عمل القضاة. أبو محمد صالح: قوله: «لأنه كراء فاسد» راجع للرد خاصة تقديره لم يجز ورد لأنه كراء فاسد ولا شفعة فيه، وعلى هذا لا يلزم الاستقراء. انتهى ونحوه لابن ناجي ونصه: ظاهر تعليله يقتضي أن الشفعة في الكراء الصحيح وهو مخالف لقولها في كتاب كراء الدور والأرضين بنفي الشفعة. ورد أبو محمد صالح هذا الأخذ بأن التعليل راجع لقوله: «لم يجز ورد لعدم الشفعة» وتقديره لم يجز ورد لأنه كراء فاسد ولا شفعة فيه انتهى.

السابع: انظر ما حكاه ابن رشد من الخلاف في الشفعة في الدين مع قول ابن ناجي في شرح الرسالة ولا شفعة في الدين باتفاق، واختلف هل يكون المديان أحق به أم لا، ولعل الذي نفى ابن الحاجب الخلاف فيه إذا باع أحد الشركاء في الدين حصته منه فتأمله. واقتصر في المسائل الملقوطة على القول بالشفعة في الدين والله أعلم.

فرع: وهل لأحد الشريكين أن يلزم صاحبه أن يقاومه؟ سيأتي عن النوادر أنه ليس له ذلك في البيع والكراء مثله. وانظر في الإجارة الكلام على أنهما يؤجران أو يسكن أحدهما بما يقف عليه الكراء. ص: **(ممن تجدد ملكه اللازم اختياراً بمعاوضة)** ش: يدخل في قوله: «بمعاوضة» البيع وهبة الثواب والمهر والخلع وجميع المعاوضات والصلح ولو كان على إنكار. وقد قال في الجواهر في آخر كتاب الصلح: إذا ادعى رجل على رجلين داراً فكذبه أحدهما وصدقه الآخر فصالحه المصدق على مال فأراد المكذب الأخذ بالشفعة فله ذلك انتهى. وخرج

تترتب على الميراث. **(من تجدد ملكه اللازم اختياراً)** ابن شاس: من أركان الشفعة المأخوذ منه وهو كل من تجدد ملكه اللازم اختياراً احترزنا بالمتجدد من رجلين اشتريا داراً معاً فلا شفعة لأحدهما على الآخر، واحترزنا باللازم عن الشراء في زمن الخيار. قال في المدونة: لا شفعة في بيع الخيار إلا بعد بتّه. وانظر بعد هذا عند قوله: «وارث وهبة» **(بمعاوضة)** ابن عرفة: المعروف لا شفعة فيما حدث ملكه بهبة لا ثواب فيها ولا في صدقة، ونقل غير واحد الاتفاق على نفي الشفعة في الميراث. ابن شاس: وتثبت الشفعة فيما وراء ذلك من وجوه المعاوضات بأي نوع كان من التمليكات من مهر وخلع وبيع وإجارة وصلح من أرش جناية أو قيمة متلف أو دم عمد أو خطأ أو غير ذلك من المعاوضات. ومن المدونة قال

وَلَوْ مُوصًى بِبَيْعِهِ لِلْمَسَاكِينِ عَلَى الأَصَحِّ وَالْمُخْتَارِ، لاَ مُوصًى لَهُ بِبَيْعِ جُزْءٍ عَقَاراً، وَلَوْ مُنَاقَلاً بِهِ، إِنِ انْقَسَمَ، وَفِيهَا الإِطْلاَقُ، وَعُمِلَ بِهِ بِمِثْلِ الثَّمَنِ

به الهبة لغير ثواب والصدقة والله أعلم. ص: **(لا موصى له ببيع جزء)** ش: أي فليس للورثة عليه شفعة، وأما لو كان شريكه أجنبياً لكانت له الشفعة، وصرح به الشارح في الكبير فأحرى أن الشفعة للأجنبي في المسألة التي قبلها. ونص عليه اللخمي في الأولى. ص: **(وبمثل الثمن)** ش: تصوره واضح.

مالك: لا شفعة في هبة الثواب إلا بعد العوض. قيل: فلم أجاز مالك الهبة بغير ثواب مسمى؟ قال: لأنه على وجه التفويض في النكاح. وفي القياس لا ينبغي أن يجوز ولكن قد أجازه الناس **(ولو موصى ببيعه للمساكين على الأصح)** الباجي: لو أوصى الميت بالثلث فباع السلطان ثلث داره فلا شفعة للورثة إذا كان الميت باع. قاله سحنون، والأظهر عندي في هذه المسألة ثبوت الشفعة لأن الموصى لهم وإن كانوا غير معينين فهم أشراك بائعون بعد ملك الورثة بقية الدار، وقد بلغني ذلك عن ابن المواز **(والمختار لا موصى له ببيع)** اللخمي: إذا أوصى الميت أن يباع نصيب من داره من رجل بعينه والثلث يحمله لم يكن للورثة فيه شفعة، لأن قصد الميت أن يملكه إياه فالشفعة رد لوصيته. وحمل سحنون إذا أوصى ببيع نصيبه ليصرف ثمنه في المساكين كذلك أن لا شفعة فيه للورثة إذا كان الميت باعه، والقياس أن يشفع لأن الميت أخر البيع لبعد الموت ولوقت لم يقع البيع إلا بعد الشفعة **(عقاراً)**. ابن عرفة: تتعلق الشفعة ببيع الشريك مشاعاً من ربع ينقسم اتفاقاً، ولا تتعلق بعرض. ومن المدونة قال مالك: ومن كان بينه وبين رجل عرض مما لا ينقسم فأراد بيع حصته قيل لشريكه بع معه أو خذ بما يعطي، فإن رضي وباع حصة مشاعة فلا شفعة لشريكه. وقال ابن سهل: مذهب مالك أن ما كان لا ينقسم من عروض وغيرها إلا بضرر بيع واقتسم الشركاء ثمنه، ومن أراد منهم أخذه فما بلغه من الثمن فذلك له، فإن تشاحوا فيه تزايدوا حتى يقف على أخذ الزائد فيأخذه ويؤدي إليهم أنصبائهم **(ولو مناقلاً به)**. ابن عرفة: المناقلة بيع الشقص بعقار. ابن رشد: إن باع الرجل شقصه من شريكه أو من أجنبي بأصل أو بشقص من أصل له فيه شرك أو لا شريك له فيه، فمذهب ابن القاسم وروايته عن مالك أن في ذلك كله الشفعة **(إن انقسم وفيها الإطلاق وعمل به)** قال ابن رشد: الشفعة إنما تكون فيما ينقسم من الأصول دون ما لا ينقسم، وهذا أمر اختلف فيه أصحاب مالك في المدونة قال مالك: إذا كانت نخلة بين رجلين فباع أحدهما حصته منها فلا شفعة لصاحبه فيها، وفي المدونة أيضاً قال مالك في الحمام الشفعة وهو أحق في أن تكون فيه الشفعة من الأرض لما في قسم ذلك من الضرر. وقاله مالك وأصحابه أجمع. ابن حارث: أخبرني من أثق به أن العمل عند أهل الشورى بقرطبة على الشفعة في الحمام. وانظر من هذا المعنى إذا أراد بعض الشركاء البيع قال ابن رشد: لا يحكم ببيع ما لا ينقسم إذا دعا إلى ذلك أحد الأشراك إلا فيما التشارك فيه ضرر بين كالدار والحائط، وأما مثل الحمام والرحا وشبه ذلك مما هو للغلة فلا، وبالله تعالى التوفيق **(بمثل الثمن)** انظره

وَلَوْ دَيْناً،

فرع: قال في المدونة: إذا قال الشفيع بعد الشراء: اشهدوا أني أخذت بشفعتي ثم رجع فإن علم بالثمن قبل الأخذ لزمه، وإن لم يعلم كان له أن يرجع انتهى. فعلم من هذا أنه يصح الأخذ بالشفعة قبل علم الثمن، وقال اللخمي: تسليمه الشفعة قبل معرفة الثمن جائز. واختلف في الأخذ قبل المعرفة بالثمن، فقيل جائز: وهو ظاهر الكتاب لأنه قال: إذا أشهد أنه أخذ قبل المعرفة بالثمن ثم قال: بدا لي فإن له أن يترك إن أحب فجعله بالخيار في التمسك، ولو كان عنده فاسداً لم يكن له أن يمسك. وفي كتاب محمد: إن ذلك فاسد ومجبور على رده انتهى. ونص ما في كتاب محمد على ما في النوادر: إذا تشاهد المتبايعان على البيع وكتما الثمن لم تجب الشفعة حتى يظهر الثمن انتهى. وقال ابن رشد في اللباب: الشرط الثالث معرفة الثمن فلو لم يعرفه فلا شفعة. وقد قال ابن القاسم في رجل تصدق على أخته بسهم في أرض عوضاً عما ذكر أنه أصابه من مورثها مما لا يعلم قدره لا شفعة فيه انتهى. والمسألة في كتاب الشفعة من البيان في رسم شهد في سماع عيسى من ابن القاسم وفي المسألة المذكورة أن الجهل بالثمن إن كان لطول المدة فإن الشفعة تسقط بذلك، وسيأتي الكلام على ذلك مستوفى عند قوله: إلا إن غاب أولاً.

فرع: قال في شرح أول مسألة من سماع يحيى من كتاب الشفعة: واختلف إذا باع نصراني من نصراني شقصاً بخمر أو خنزير والشفيع مسلم، فقيل: إنه يأخذ الشفعة بقيمة الشقص وهو قول أشهب فكأنه لم ير للخمر قيمة. وقد قال ابن الماجشون في المسلم يستهلك الخمر للنصراني: إنه لا قيمة عليه فإذا دفعها بطوعه فأحرى أن لا تكون لها قيمة. وقيل: يأخذ قيمة الخمر والخنزير وهو قول ابن عبد الحكم وهو أشبه على مذهب ابن القاسم، لأن ذلك مما يضمن للنصراني فأشبه شراء الشقص بعرض. انتهى ونقله ابن عرفة وغيره.

فرع: وما بيع بعين فدفع عنه عرض وعكسه في الشفعة فيه بما دفع أو بما عقد به ثالثها هذا أحب. الشيخ عن محمد عن عبد الملك مع ابن عبدوس عن سحنون ونقل محمد: وقوله:

بعد هذا عند قوله: «أو بقيمته» «ولو ديناً» من المدونة قال مالك: من ابتاع شقصاً بثمن إلى أجل فللشفيع أن يأخذه بالثمن إلى ذلك الأجل إن كان ملياً أو أتى بضامن ثقة مليء، قال ابن القاسم: وإن قال البائع للمبتاع أنا أرضى أن يكون مالي على الشفيع إلى الأجل لم يجز لأنه فسخ ما لم يحل من دينه في دين على رجل آخر. وانظر إن لم يقم الشفيع حتى حال أجل الدين وأدى الثمن. نقل ابن يونس أن للشفيع من الأجل مستأنفاً مثل أجل المشتري الأول. قال عبد الملك: وإن كان إنما اشترى الشقص بدين له على البائع إلى سنة فلا يأخذ الشفيع إلا بقيمة الدين عرضاً يدفعه الآن، لأن الدين عرض من العروض، وكذلك إن لم يقم الشفيع حتى حل الأجل انتهى. يبقى النظر إن أخذ الشقص عن دين قد حل قال ابن المواز: فإن اشتراها منه بعد حلول الأجل لم يأخذها الشفيع إلا بالعدد بعينه

أَوْ قِيمَتِهِ بِرَهْنِهِ وَضَامِنِهِ، وَأُجْرَةِ دَلَّالٍ، وَعَقْدِ شِرَاءٍ. وَفِي الْمَكْسِ: تَرَدُّدٌ،

ورابعها لابن عبد الحكم بما عقد عليه إلا أن يدفع ذهباً عن ورق وعكسه فيما دفع كالمرابحة، وخامسها لابن عبدوس عن سحنون بالأقل منهما. قلت: هو نحو قولها في المرابحة. انتهى من ابن عرفة.

فرع: قال في المدونة: ومن ابتاع شقصاً من دار بعرض فاختلف المبتاع مع الشفيع في قيمته وقد فات بيد المبتاع أو لم يفت، فإنما ينظر إلى قيمته يوم الصفقة لا اليوم، فإن كان مستهلكاً صدق المبتاع مع يمينه في قيمته، فإن جاء بما لا يشبه صدق الشفيع فيما يشبه، فإن جاء بما لا يشبه وصفه المبتاع وحلف على صفته وأخذ الشفيع بقيمة تلك الصفة يوم الصفقة أو ترك، فإن نكل المبتاع حلف الشفيع على ما يصف هو وأخذه بقيمة صفقته. انتهى.

تنبيه: قول المؤلف: «بمثل الثمن» قال في التوضيح: فإن لم يجد مثل المثلي غرم قيمته. قاله مالك في المجموعة فيمن اشترى بعبد فلم يجده الشفيع انتهى. وانظر كتاب الشفعة من النوادر. ص: **(أو قيمته)** ش: أي قيمة الثمن إذا كان من المقومات.

فرع: وإنما ينظر إلى قيمته يوم الصفقة لا يوم القيام في ذلك. قاله في المدونة في كتاب الشفعة. ص: **(وأجرة دلال وعقد شراء وفي المكس تردد)** ش:.

تنبيه: قال في اللباب: إذا زاد المبتاع للبائع شيئاً بعد البيع ففي لزوم ذلك للشفيع قولان لابن القاسم وأشهب. فإذا قلنا: لا يلزم فقال المبتاع: إنما زدته فراراً من الشفعة فإنه يحلف ويرجع. انتهى ومذهب المدونة عدم اللزوم.

(أو قيمته) من المدونة: ما اشترى بعين أو مثلي فالشفعة فيه بمثل ثمنه، وما اشترى بمقوم فبقيمته. ومن المدونة أيضاً: ما اشترى بعبد شفع فيه بقيمته وما اشترى بعوض فإنما ينظر إلى قيمته يوم الصفقة **(برهنه وضامنه)** أشهب: إذا اشترى بثمن مؤجل بحميل أو رهن فقام الشفيع وهو أملأ منه، فإن لم يجد حميلاً أو رهناً مثله فلا شفعة له، ولو جاء برهن لا شك أن فيه وفاء لم يقبل منه إلا مثل الأول، ولو كان برهن أو حميل فجاء برهن ولم يقدر على حميل فلا شفعة له **(وأجرة دلال وعقد شراء)** المتيطي: وعلى الشفيع أجرة الدلال وأجرة كاتب الوثيقة وثمن ما كتب به يدفع ذلك كله للمبتاع لأن بذلك وصل المبتاع إلى الابتياع، فإن كان المبتاع أدى من الأجرة أكثر من المعهود بين الناس لم يلزم الشفيع سوى المعهود. قال ابن سهل: ولا مخالف في هذا، وليس ذلك مثل ما عمر المشتري فإن الشفيع لا يغرم له في العمارة شيئاً بمنزلة أجرة السمسار في المرابحة لا تحسب ولا يحسب عليها ربح، وانظر في نوازل ابن سهل بعد ذكره هذا إذا قام الشفيع بعد أن أكرى المشتري الأرض وقبض من الكراء كما لو استحق نصف الأرض وهي مزروعة وأخذ النصف الآخر بالشفعة فإنه يغرم نصف الكراء **(وفي المكس تردد)** ابن يونس: انظر لو غرم على الشقص غرماً هل يغرمه له الشفيع؟ وقد اختلف فيمن اشترى شيئاً من أيدي اللصوص هل يأخذه ربه بغرم أو بغير غرم. انتهى نقله. انظر هذه

أَوْ قِيمَةِ الشِّقْصِ في: كَخُلْعٍ، وَصُلْحِ عَمْدٍ، وَجِزَافِ نَقْدٍ، وَبِمَا يَخُصُّهُ: إِنْ صَاحَبَ غَيْرَهُ، وَلَزِمَ الْمُشْتَرِي الْبَاقِي، وَإِلَى أَجَلِهِ إِنْ أَيْسَرَ

فرع: من اشترى شقصاً فصالح أحد الشفعاء على تسليم شفعة في مغيب إشراكه ثم قدموا وأخذوا شفعتهم فلا رجوع على المصالح بشيء. قاله ابن رشد في نوازله والله أعلم.
ص: **(أو قيمة الشقص في كخلع)** ش: قال في المدونة: ومن نكح أو صالح أو خالع على دم عمد على شقص ففيه الشفعة بقيمته إذ لا ثمن معلوم بعوضه انتهى. قال ابن الحاجب: فقيمة الشقص يوم العقد انتهى.

فرع: قال ابن عرفة: أبو عمران: من نكح على تفويض فدفع لزوجته شقصاً قبل بنائه شفع فيه بقيمته اتفاقاً، فإن دفعه بعد بنائه شفع فيه بمهر المثل اتفاقاً فيهما انتهى. والشقص بكسر الشين المعجمة هو النصيب. نقله في التوضيح عن عياض وغيره ص: **(وصلح عمد)** ش: احترز بالعمد من الخطأ ففيه الشفعة بالدية، فإن كانت العاقلة أهل إبل أخذه بقيمة الإبل، وإن كانت أهل ذهب وورق أخذه بذهب وورق ينجم على الشفيع كالتنجم على العاقلة. قاله في المدونة. ص: **(وإلى أجله إن أيسر)** ش: تصوره واضح.

المسألة في الجهاد **(أو قيمة الشقص في كخلع وصلح عمد)** من المدونة قال ابن القاسم: من نكح أو خالع أو صالح من دم عمد على شقص فبه الشفعة بقيمته يوم العقد إذ لا ثمن معلوم لعوضه، يريد ولا يجوز الاستشفاع إلا بعد المعرفة بقيمته. قال ابن القاسم: وإن أخذ الشقص عن دم خطأ ففيه الشفعة بالدية، فإن كانت العاقلة أهل إبل أخذه بقيمة الإبل، وإن كانت أهل ذهب أخذه بذهب، ينجم ذلك على الشفيع كالتنجيم على العاقلة **(وجزاف نقد)** ابن الحاجب: المأخوذ به مثل الثمن أو قيمته في المقوم، فإن لم يقوم كالمهر وصلح العمد ودراهم جزافاً بقيمة الشقص يوم العقد. ابن عبد السلام: في صحة فرض هذه المسألة على المذهب نظر، لأن الدنانير والدراهم لا يجوز بيعها جزافاً انتهى. ومقتضى هذا لو جازت لكانت الشفعة بقيمة الشقص كما قال ابن الحاجب. وانظر أيضاً قد نصوا أن من اشترى بحلي جزاف أنه يشفع بقيمته، وكذا السبائك والطعام المصبر، وقد تقدم أنه إذا أخذ شقصاً في دين عليه إلى أجل أن الشفعة فيه بقيمة الدين **(وبما يخصه أن صاحب غيره)** من المدونة: من ابتاع شقصاً من دار وعرضاً في صفقة واحدة بثمن، فالشفعة بالشقص خاصة فحصته من الثمن بقيمته من قيمة العرض يوم الصفقة، تغيرت الدار بسكناه أو لم تتغير. **(ولزم المشتري الباقي)** من المدونة قال مالك: ليس للشفيع أخذ العرض ولا ذلك عليه إن أباه. ابن يونس: على قول من يرى الشفعة كالاستحقاق فإن كان قيمة الشقص الجل فللمبتاع رد العرض على البائع لأنه استحق جل صفقته، وعلى قولهم أنه كبيع مبتدأ فلا رد له بحال **(وإلى أجله إن أيسر أو ضمنه مليء)** تقدم نص المدونة: إن كان الثمن لأجل فللشفيع أخذه بالثمن إلى ذلك الأجل، كان ملياً أو أتى بضامن ثقة مليء **(وإلا عجل)** من المدونة: إن عجل الشفيع الثمن فللمبتاع قبضه ثم ليس عليه أن يعجل البائع

أو ضَمِنَهُ مَلِيءٌ، وَإلاَّ عُجِّلَ الثَّمَنُ، إلاَّ أَنْ يَتَسَاوَيَا عُدْماً عَلَى الْمُخْتَارِ، وَلاَ يَجُوزُ إِحَالَةُ الْبَائِعِ بِهِ، كَأَنْ أَخَذَ مِنْ أَجْنَبِيٍّ مَالاً لِيأْخُذَ وَيَرْبَحَ، ثُمَّ لاَ يَأْخذَ لَهُ، أَوْ بَاعَ قَبْلَ أَخْذِهِ، بِخِلاَفِ أَخْذِ مَال بَعْدَهُ لِيَسْقُطَ كَشَجَرٍ وَبِنَاءٍ بِأَرْضِ حُبُسٍ، أَوْ مُعِيرٍ، وَقُدِّمَ الْمُعِيرُ بِنَقْضِهِ، أَوْ ثَمَنِهِ،

فرع: فلو لم يقم الشفيع إلا بعد حلول الأجل فهل يضرب له أجل مثل الأجل الذي مضى ويأخذ بالنقد؟ قولان لأصحابنا رجح ابن رشد وغيره الأول. قاله في التوضيح. ص: (**أو باع قبل أخذه**) ش: يعني أن الشفيع لا يجوز له أن يبيع الشقص الذي يأخذه بالشفعة قبل أخذه وقاله في المدونة. ص: (**كشجر وبناء بأرض حبس أو معير**) ش: يعني أن الشفعة كما تكون في العقار تكون في الشجر والبناء الكائنين بأرض حبس أو بأرض عارية. ص: (**وقدم المعير بنقضه أو ثمنه**) ش: أي بالأقل من قيمة نقضه أو الثمن الذي باعه كما قال في المدونة.

(**إلا أن يتساويا عدماً على المختار**) اللخمي: اختلف إذا كانا فقيرين. المشتري والشفيع. وهو مثل الأول في الفقر وأن له الشفعة أحسن لأنه موسر بجميع ذلك النصف الذي يستشفع به والنصف الذي استشفعه (**ولا تجوز إحالة البائع به**) تقدم قول ابن القاسم: إن قال البائع أنا أرضى أن يبقى مالي على الشفيع إلى الأجل لم يجز (**كان أخذ من أجنبي مالاً ليأخذه ويربح**) من المدونة قال مالك: من وجبت له شفعة فأتاه أجنبي فقال خذ بشفعتك ولك مائة دينار أربحك فيها لم يجز ويرد ذلك إن وقع، ولا يجوز أن يأخذ بشفعته لغيره (**ثم لا أخذ له**) قال مالك في العتبية: من باع حظه وشريكه مفلس فقال له الرجل اشفع وأربحك فأخذ وأربحه إن علم ذلك ببينة لا بإقرار الشفيع رد الشقص لمبتاعه. ابن سهل: فإن أراد الأخذ لنفسه بعد فسخ أخذه لغيره لم يكن له ذلك.

(**أو باع قبل أخذه**) من ابن يونس: الشفيع إذا باع شقصه قبل أن يشفع لا شفعة له إن كان قد علم ببيع شريكه وإلا فله الشفعة. انظره في ترجمة الشفعة في بيع الخيار. ومن المدونة قال مالك: لا يجوز بيع الشفيع للشقص قبل أخذه إياه بشفعته لأنه من بيع ما ليس عندك، وهذا بخلاف تسليمها للمشتري على مال يأخذه منه فذلك له جائز لأنه لم يبع منه شقصاً إنما باع حقاً وجب له (**بخلاف أخذ مال بعده ليسقط**) قال مالك: إذا سلم الشفيع الشفعة بعد الشراء على مال أخذه جاز، وإن كان قبل الشراء بطل ورد المال وكان على شفعته (**كشجر**) من المدونة قال مالك: الشفعة فيما لم ينقسم بين الشركاء من الدور والأرضين والنخل والشجر وما يتصل بذلك من بناء أو ثمرة (**وبناء بأرض حبس**) من المدونة قال مالك: و إذا بنى قوم في دار حبست عليهم ثم مات أحدهم فأراد بعض ورثته بيع نصيبه من البناء فلإخوته فيه الشفعة. استحسنه مالك قائلاً: ما سمعت فيه بشيء. بهرام: وهذه المسألة إحدى مسائل الاستحقاق الأربع. والشفعة في الثمار والقصاص بالشاهد واليمين، وفي الأنملة من الإبهام خمس من الإبل. قال مالك: في جميع ذلك لشيء استحسنه وما علمت إن أحداً قاله قبلي (**أو معير وقدم المعير بنقضه أو ثمنه**) من المدونة قال مالك: من بنى في عرصة رجل بإذنه ثم أراد الخروج منها فلرب الأرض أن يعطيه قيمة النقض، يريد مقلوعاً أو يأمره بقلعه. وإذا بنى رجلان في

إِنْ مَضَى مَا يُعَارُ لَهُ، وَإِلاَّ فَقَائِماً، وَكَثَمَرَةٍ، وَمَقْثَاة، وَبَاذَنْجَانٍ، وَلَوْ مُفْرَدَةً، إِلاَّ أَنْ تَيْبَسَ، وَحُطَّ حِصَّتُهَا إِنْ أَزْهَتْ، أَوْ أُبِّرَتْ، وَفِيهَا: أَخْذُهَا: مَا لَمْ تَيْبَسْ أَوْ تُجذَّ. وَهَلْ هُوَ خِلاَفٌ؟ تَأْوِيلاَنِ.

وإذا بنى رجلان في عرصة رجل بإذنه ثم باع أحدهما حصته من النقض فلرب الأرض أخذ ذلك النقض بالأقل من قيمته أو من الثمن الذي باعه انتهى. وهذا في العارية المطلقة، وأما

عرصة رجل بإذنه ثم باع أحدهما حصته من النقض فلرب الأرض أخذه بالأقل من قيمته، يريد مقلوعاً أو بالثمن الذي باعه به. فإن أبى فلشريكه الشفعة بالضرر إذ الضرر أصل الشفعة يريد بالثمن **(إن مضى ما يعار له وإلا فقائماً)** من المدونة: من أذنت له أن يبني في أرضك أو يغرس فلما فعل أردت إخراجه بقرب ذلك مما لا يشبه أن تعيره إلى مثله، فليس لك إخراجه إلا أن تعطيه ما أنفق. وقال في باب بعد هذا: قيمة ما أنفق وإلا تركته إلى مثل ما يرى الناس أنك أعرته إلى مثله من الأمر. انظر تمام هذا قبل عند قوله: «وله الإخراج في كبناء» **(وكثمرة)** من المدونة: إذا كان بين قوم ثمر في شجر قد أزهى فباع أحدهم حصته منه قبل قسمته والأصل لهم أو بأيديهم في مساقاة أو حبس، فاستحسن مالك لشركائه فيه الشفعة ما لم ييبس قبل قيام الشفيع، أو تباع وهي يابسة وقال: ما علمت أن أحداً قاله قبلي. ورواه عبد الملك ولم يأخذ به. قال ابن يونس: وجه قول عبد الملك الحديث **(ومقاثىء وباذنجان)** الباجي: إذا قلنا بثبوت الشفعة في ثمرة النخل فقد روى ابن القاسم عن مالك في الموازية: الشفعة في العنب. قال ابن القاسم: والمقاثىء عندي فيها الشفعة لأنها ثمرة ولا شفعة في البقول. وجه ذلك ما كان له أصل ثابت تجني ثمرته مع بقائه فالشفعة فيه كالشجر، وما لم يكن على ذلك وإنما هو نبت لا تجني ثمرته مع بقائه فلا شفعة فيه لأنه ليس بأصل ثابت، أصل ذلك ما ينقل ويحول. وقد روى ابن القاسم في العتبية وغيرها. لا شفعة في الزرع لأنه لا يحل بيعه حتى ييبس **(ولو مفردة)** انظر هذه العبارة. قال أشهب: لو باعا حائطهما وبقيت لهما الثمرة فباع أحدهما مصابته من الثمرة فلا شفعة لشريكه فيها لأنه لا شركة بينهما في الأصل. ابن المواز: ولو لم يبيعا الأصل وباعا الثمرة من رجلين فباع أحدهما نصيبه من الثمرة ففيها الشفعة. قال ابن القاسم وأشهب: لأنهما يقومان مقام صاحبي الأصل، وكذلك لو أن الأصل لرجل فيباع الثمرة من رجلين لكانت الشفعة بين المشتريين دون صاحب الأصل **(إلا أن تيبس)** من المدونة قال مالك: أما الزرع يبيع أحدهم حصته منه بعد يبسه فلا شفعة فيه ولا يباع حتى ييبس، وكل ما بيع من سائر الثمار مما فيه الشفعة مثل الثمر والعنب وما ييبس في شجره يباع بعد اليبس في شجره فلا شفعة فيه كالزرع كما لا جائحة فيه حينئذ **(وحط حصتها إن أزهت أو أبرت)** من المدونة قال ابن القاسم: إذا باع النخل والثمرة مأبورة أو مزهية فاشترطها المبتاع ثم استحق رجل نصفها، فله نصف النخل ونصف الثمرة باستحقاقه إن شاء المستحق الشفعة في النصف الباقي فذلك له، ويكون له أخذ الثمرة بالشفعة مع الأصل ما لم تجد أو تيبس ويغرم قيمة العلاج. وإن قام بعد اليبس أو الجداد فلا شفعة له في الثمرة كما لو بيعت حينئذ ويأخذ الأصل بشفعته بحصته من الثمن بقيمته من قيمة الثمرة يوم الصفقة، لأن الثمرة وقع لها حصة من الثمن **(وفيها أخذها ما لم تيبس أو تجذ وهل هو خلاف تأويلان)** تقدم نص المدونة. وقال

وَإِنْ اشْتَرَى أَصْلَهَا فَقَطْ: أُخِذَتَ، وَإِنْ أُبِّرَتْ وَرَجَعَ بِالْمَؤْنَة، وَكَبِيْرٍ لَمْ تُقْسَمْ أَرْضُهَا، وَإِلاَّ فَلاَ، وَأُوِّلَتْ أَيْضاً بِالْمُتَّحِدَةِ، لاَ عَرْضٍ، أَوْ كِتَابَةٍ وَدَيْنٍ،

المقيدة بمدة فقال ابن راشد: إذا باع قبل انقضائها على البقاء فللشريك الشفعة ولا كلام لرب الأرض، وإن باعه على النقض قدم رب الأرض. نقله في التوضيح قال: وينبغي أن يتفق في الأحكار التي عندنا بمصر أن تجب الشفعة في البناء القائم فيها لأن العادة عندنا أن رب الأرض

ابن يونس ما نصه: ومن المدونة قال ابن القاسم: إذا باع النخل والثمرة مأبورة أو مزهية فاشترطها المبتاع ثم استحق رجل نصفها واستشفع فله نصف النخل ونصف الثمرة باستحقاقه. قال ابن المواز: جذت أو لم تجد، يبست أو لم تيبس اهـ. نصه راجع أنت التنبيهات. **(وإن اشترى أصلها فقط أخذت وإن أبرت ورجع بالمؤنة)** من المدونة: من ابتاع نخلاً لا ثمر فيها أو فيها لم يؤبر ثم استحق رجل نصفها واستشفع، فإن قام يوم البيع أخذ النصف بملكه والنصف بشفعته بنصف الثمر ويرجع المبتاع على بائعه بنصف الثمن، وإن لم يقم حتى عمل وأبرت وفيها الآن بلح أو فيها ثمرة قد أزهت ولم تيبس فكما ذكرنا ويأخذ الأصل بثمره. وعليه للمبتاع قيمة ما سقى وعالج فيما استحق واستشفع. فإن قام بعد يبس الثمرة أو جدادها لم يكن له في الثمرة شفعة كما لو بيعت الثمرة حينئذ ويأخذ نصف الأصول بالشفعة بنصف الثمن ولا يحط عنه للثمر شيء إذ لم يقع لها يوم البيع من الثمن حصة **(وكبئر لم تقسم أرضها وإلا فلا وأولت بالمتحدة)** من المدونة: وإن كان بينهما أرض ونخل ولها عين فاقتسما النخل والأرض خاصة ثم باع أحدهما نصيبه من العين فلا شفعة فيه، وهو الذي جاء فيه ما جاء لا شفعة في بئر، قال: وإن لم يقتسموا ولكن باع أحدهم حصته من العين أو البئر خاصة أو باع حصته من الأرض والعين جميعاً، ففي ذلك الشفعة قال: ويقسم شرب العين بالقلد وهي القدر. وقال ابن القاسم عن مالك في العتبية: إن الشفعة في الماء الذي يقسمه الورثة بينهم بالأقلاد وإن لم يكونوا شركاء في الأرضين التي تسقى بتلك العيون والحوائط. قال مالك: وأهل كل قلد يتشافعون بينهم دون إشراكهم اهـ. جميع ما نقل ابن يونس. وقال ابن رشد: إن بيع شقص من البئر مع الأصل أو دونه ولم تقسم الأرض ففيه الشفعة إتفاقاً، وإن بيع قد قسم الأرض ففي المدونة لا شفعة. وقال يحيى: فيه الشفعة. قال سحنون: ليس هذا باختلاف، ومعنى المدونة أنها بئر واحدة فلا شفعة فيها لأنها لا تقسم، ومعنى سماع يحيى أنها آبار كثيرة تقسم **(لا عرض)** ابن حارث: اتفقوا في إسقاط الشفعة في العروض والأمتعة وما يشبه ذلك **(وكتابة)**. ابن عرفة: مقتضى ابن شاس إن كاتبا عبداً فباع أحدهما حظه من الكتابة أن ثم قولاً إن لشريكه أن يشفع ولا أعرفه وإنما وقع في المذهب كون المكاتب أحق بما بيع من كتابته. قال في الموطأ: المكاتب أحق بكتابته ممن اشتراها. قال ابن رشد: أي بما يعطى فيها ما لم ينفذ البيع فيها على رواية ابن القاسم، وأما على رواية أشهر فظاهره أنه أحق بها وإن نفذ بيعها ومثله روى مطرف وغيره **(ودين)** من المدونة: لا شفعة في دين. ابن رشد: اختلف قول مالك في الشفعة في الكتابة أو الدين يباعان هل يكون للمكاتب والمدين شفعة في ذلك. أبو عمر: جاء الأثر عن السلف أن المديان أحق من مشتري الدين، واختلف في هذا أصحاب مالك

وَعُلوٍ عَلَى سُفْلٍ وَعَكْسِهِ، وَزَرْعٍ، وَلَوْ بِأَرْضِهِ، وَبَقْلٍ، وَعَرْصَةٍ، وَمَمرٍّ قُسِمَ مَتْبُوعُهُ، وَحَيَوَان إلاَّ فِي:

لا يخرج صاحب البناء أصلاً فكان كمالك الأرض. وقاله شيخنا انتهى. **ص: (وعرصة وممر) ش:** قال اللخمي: إذا كانت دار بين أشراك اقتسموا بيوته دون مالها من حق في ساحة وبئر وماجل وطريق، ثم باع أحدهم ما صار له من البيوت بجميع حقوقه مما لم يقسم، لم يستشفع ما قسم بالشرك فيما لم يقسم ولا يستشفع الساحة والبئر والماجل والطريق لأجل بقاء الشركة فيها لأنها من منفعة ما قسم ومصلحته. وإن باع نصيبه من البئر والماجل خاصة كان للشركاء أن يردوا بيعه إذا كان البائع يتصرف إلى البيوت لأن في ذلك زيادة مضرة، وإن كان قد أسقط حقه في تصرفه من عندهم وجمع بيوتهم إلى حق آخر وفتح لها من دار أخرى فإن كان بيعه من أهل الدار جاز وكان لبقية الورثة الشركاء الشفعة على أحد القولين في وجوب الشفعة فيما لم يقسم، وإن كان بيعه من غير أهل تلك الدار كان لهم أن يردوا بيعه لأن ضرر الساكن أخف من ضرر من ليس بساكن ولهم أن يجيزوا بيعه ويأخذوا بالشفعة إن أحبوا. قال أبو الحسن بن القصار: اختلفت الرواية عن مالك في وجوب الشفعة فيما لا ينقسم مثل الحمام والبئر والطريق والأرحية، ولم يبين كيف كان صفة البيع، وموضع الفقه فيه ما تقدم ذكره. انتهى بلفظه ونقله ابن عرفة وقبله والجزولي والشيخ يوسف بن عمر وزاد بعد قوله ويأخذوا بالشفعة إن أحبوا على القول بأن الشفعة فيما لا ينقسم.

وإطلاق الشفعة في هذا مجاز **(وعلو على سفل وعكسه)** من المدونة قال ابن القاسم: من له علو دار ولآخر سفلها فلا شفعة لأحدهما فيما باع الآخر منها **(وزرع)** من المدونة قال مالك: وأما الزرع يبيع أحدهم حصته منه بعد يبسه فلا شفعة فيه وإنما لا يباع حتى ييبس **(ولو بأرضه)** من المدونة: من ابتاع أرضاً بزرعها الأخضر ثم قام شفيع بعد طيبه فإنما له الشفعة في الأرض دون الزرع بما ينوبها من الثمن بقيمتها من قيمة الزرع على عروشه يوم الصفقة، لأن الزرع وقع له حصة من الثمن في الصفقة **(وبقل)** تقدّم نص المدونة: «لا شفعة في البقول» **(وعرصة وممر قد قسم متبوعه)** الرسالة: لا شفعة في عرصة قد قسمت بيوتها. اللخمي إن قسمت بيوت الدار دون مرافقها من ساحة وطريق وماجل ثم باع أحدهم حظه من بيوتها بمرافقها التي لم تقسم، لم يستشفع فيما قسم بالشرك فيما لم يقسم ولا يستشفع في الساحة والطريق والبئر والماجل لأجل بقاء الشرك فيها لأنها من منفعة ما قسم ومصلحته. فإن باع نصيبه من الساحة والبئر والماجل خاصة كان للشركاء أن يردوا بيعه إذا كان البائع يتصرف إلى البيوت لأن ذلك ضرر بهم، وإن كان قد أسقط تصرفه فيها وصرف بيوته إلى مرافق أخذ، فإن باعها من أهل الدار جاز لبقية الشركاء الشفعة على أحد القولين في الشفعة فيما لا ينقسم، وإن باعه من غير أهل تلك الدار كان لهم رد بيعه لأن ضرر الساكن أحق من ضرر من ليس بساكن، ولهم أن يجيزوا بيعه ويأخذوا بالشفعة إن أحبوا **(وحيوان)** من المدونة: لا شفعة في حيوان **(إلا في كحائط)**

كَحَائِطٍ وَإِرْثٍ، وَهِبَةٍ بِلاَ ثَوَابٍ، وَإِلاَّ فَبِهِ بَعْدَهُ، وَخِيَارٍ إِلاَّ بَعْدَ مُضِيِّهِ؛ وَوَجَبَتْ لِمُشْتَرِيهِ، إِنْ بَاعَ نِصْفَيْنِ خِيَاراً ثُمَّ بَتْلاً

فرع: قال ابن ناجي في شرح الرسالة: وقال في النوادر: ومن المجموعة وكتاب محمد قال ابن القاسم قال مالك: إذا قسمت البيوت وبقيت العرصة فلأحدهم بيع نصيبه من البيوت والعرصة ولا شفعة لشريكه في العرصة بها ولا فيها. قال أشهب: وليس لأحدهم بيع حصته من العرصة خاصة إلا نصيبه من البيوت وإن كانت العرصة واسعة إلا أن يجتمع ملؤهم على بيعها فيجوز، فإن أباه أحدهم فهو مردود لأنها بقيت مرفقاً بينهم انتهى، وكذلك لا شفعة في النهر ولا في سبيل الماء. قال ابن عبد السلام: ولا يبعد تخريج الخلاف فيهما من الخلاف في النخلة الواحدة. ص: **(وهبة بلا ثواب)** ش: قال في المدونة في كتاب الشفعة: ومن وهب شقصاً لغير ثواب فعوض فيه فقبل، فإن رأى أنه لصدقة أو لصلة رحم فلا شفعة فيه، ومن عوض من صدقة وقال: ظننت أنه يلزمني فليرجع في العوض إن كان قائماً، وإن فات فلا شيء له. ومن وهب شقصاً من دار لابنه الصغير على عوض جاز وفيه الشفعة ولا تجوز محاباته في قبول الثواب ولا ما وهب أو تصدق أو أعتق من مال ابنه الصغير ويرد ذلك إلا أن يكون الأب موسراً انتهى. أبو الحسن: قوله: «ومن وهب شقصاً من داره لابنه الصغير» تقدير الكلام ومن وهب شقصاً من دار ابنه. انتهى.

فرع: وهل تلزمه اليمين أنه بغير ثواب؟ قال في الكبير: لم يحلف إلا أن يكون متهماً. وقال مطرف وابن الماجشون: يحلف مطلقاً. المتيطي: والقضاء بالأولى انتهى. ص: **(وخيار إلا بعد مضيه)** ش: قال ابن سهل في أحكامه: إن سلمها في أيام الخيار في شقص بيع بالخيار بعرض أو غيره لم يلزمه وهو على شفعته ويرد العرض، وإن رضيا بإمضاء ذلك العرض بعد تمام

سمع عيسى ابن القاسم: من اشترى شقصاً من حائط به رقيق يعملون فيه لم يكن للشفيع فيه الشفعة إلا في الشقص ورقيقه لا في أحدهما فقط **(وبإرث)**. ابن عرفة: نقل غير واحد الاتفاق على لغي الشفعة في الميراث **(وهبة بلا ثوب)** تقدم نقل ابن عرفة: لا شفعة فيما حدث ملكه بهبة لا ثواب فيها ولا في صدقة **(وإلا فيه بعده)**. اللخمي: من وهب شقصاً للثواب كانت فيه الشفعة لأنها بيع، ولا شفعة إلا بعد الثواب فاتت الهبة أو لم تفت، ولا تجب قبل الثواب وقبل الفوت لأن الموهوب له بالخيار بين التمسك والرد. واختلف في الشفعة بعد الفوت وقبل الثواب فقال ابن القاسم: لا شفعة له حتى يدفع الثواب أو يقضى عليه به ويعرف. وانظر قد نصوا أن له أن يسلم الشفعة قبل أن يعلم بالثمن، وليس له أن يأخذ الشفعة بما لا يعلم من الثمن. انظر نوازل الشعبي، وكذلك أيضاً إذا ابتاع شقصاً وعروضاً صفقة لا يأخذ بالشفعة إلا بعد معرفة ما يخص الشقص من الثمن. وانظر الجدار بين الجارين إذا باع أحدهما داره فللآخر أن يشفع في الحائط بما يخصه من الثمن **(وخيار إلا بعد مضيه)** تقدم نصها: لا شفعة في بيع الخيار إلا بعد بتّه **(ووجبت لمشتريه إن باع نصفين خياراً ثم بتلاً ما**

فَأَمْضَى، وَبَيْعٍ فَاسِدٍ، إِلاَّ أَنْ يَفُوتَ؛ فَبِالقِيمَةِ، إِلاَّ بِبَيْعٍ صَحَّ، فَبِالثَّمَنِ فِيهِ، وَتَنَازُعٍ فِي سَبْقِ مِلْكٍ؛ إِلاَّ أَنْ يَنْكُل أَحَدُهُمَا، وَسَقَطَتْ إِنْ قَاسَمَ أَوْ اشْتَرَى، أَوْ سَاوَمَ، أَوْ سَاقَى، أَوْ اسْتَأْجَرَ؛ أَوْ بَاعَ حِصَّتَهُ

البيع لم يجز حتى يفسخاه ثم يستأنفا ما أحبا. انتهى. ص: **(وسقطت إن قاسم الخ) ش:** قال الجزيري في وثائقه وتبطل الشفعة مساومة الشفيع للمبتاع وطلبه المقاومة أو الكراء أو القسمة انتهى فظاهره أنه بإرادة ذلك تسقط الشفعة وإنما تسقط هذه الأشياء إذا فعلها الشفيع من المشتري كما صرح به في النوادر وذكره المصنف، وانظر أبا الحسن الصغير. ص: **(أو باع حصته) ش:** يعني أن الشفيع إذا باع حصته قبل أخذه بالشفعة سقط أخذه لأنه لم يبق له حصة في العقار المشترك ويصير للمشتري الأول الشفعة على المشتري الثاني. هذا إذا باع جميع حصته وهذا هو الجاري على مذهب المدونة إذ قال فيها: ومن ابتاع شقصاً بالخيار وله شفيع

مضى). اللخمي: إذا كانت دار لرجل فباع نصفها من رجل بالخيار ثم باع النصف الآخر من آخر بتلاً ثم قبل المشتري الخيار كانت الشفعة عند ابن القاسم لمشتري الخيار على مشتري ألبت **(وبيع فاسد)** من المدونة: قال مالك: يفسخ الفاسد إذا لم يفت ولا شفعة فيه، ولو علم به بعد أخذ الشفيع فسخ بيع الشفعة والبيع الأول لأن الشفيع دخل مدخل المشتري **(إلا أن يفوت فبالقيمة)** من المدونة: إذا لم يفسخ البيع الأول حتى فات ولزمت المبتاع قيمته يوم قبضه ففيه الشفعة بتلك القيمة. ابن المواز: وليس للشفيع الأخذ إلا بعد معرفته بالقيمة التي لزمت المشتري **(إلا ببيع صح فالثمن فيه)** من المدونة: وإن باعها المشتري في شراء فاسداً من غيره بيعاً صحيحاً فذلك فوت، وللشفيع الآخذ بثمن البيع الصحيح ويتراد الأولان القيمة وليس للشفيع الأخذ بالبيع الأول الفاسد **(وتنازع في سبق ملك إلا أن ينكل أحدهما)** ابن شاس: إذا تساوق الشريكان لحاكم وادّعى كل واحد أن شراء الآخر متأخر وله الشفعة عليه، فالقول قول كل واحد في عصمة ملكه عن الشفعة إن حلفا أو نكلا، وإن حلف أحدهما دون الآخر قضى بالشفعة لمن حلف. ابن عرفة: لا أعرف هذا إلا للغزالي وأصول مذهبنا توافقه **(وسقطت إن قاسم).** اللخمي: الشفعة تسقط بسبعة: أحدها إسقاط الشفيع حقه بالقول فيقول تركت. الثاني أن يقاسم بما فيه الشفعة. الثالث أن يمضي من طول الأمد ما يرى أنه تارك لها. الرابع ما يحدثه المشتري من هدم أو بناء أو غرس. الخامس خروجه عن اليد بالبيع أو الهبة أو الصدقة أو الرهن. السادس ما يكون من الشفعة من مساومة أو مساقاة أو كراء. السابع إذا باع الشفيع النصيب الذي يستشفع به انتهى. انظر وجهاً ثامناً أيضاً تسقط به الشفعة وهو إذا أنكر المشتري الشراء وادّعاه البائع فليس للشفيع أن يقول للبائع أنت معترف بالبيع فأشفع أنا إذ لا تكون عهدة شفيع إلا على مشترٍ، واختار اللخمي القول الآخر أن له الأخذ **(أو اشترى أو ساوم أو ساقى)** ابن شاس: إن اشترى الشفيع الشقص من المبتاع أو ساومه فيه قال في المدونة: أو ساقاه منه سقطت شفعته **(أو باع حصته)** تقدّم هذا في الوجه السابع. وسمع عيسى: قيل لابن القاسم: من غاب شريكه في أرض فباع حظه منها ثم باع الغائب غير عالم ببيع شريكه أيشفعه؟ قال: نعم. ابن رشد: هذا يدل أنه لو علم ببيع شريكه لم تكن له شفعة وإن كان فيه ضعف لأنه في السؤال لا في الجواب. وفي هذه المسألة خمسة

أَوْ سَكَتَ بِهَدْمٍ أَوْ بِنَاءٍ، أَوْ شَهْرَيْنِ، إِنْ حَضَرَ العَقْدَ، وَإِلاَّ سَنَةً: كَأَنْ عَلِمَ فَغَابَ؛ إِلاَّ أَنْ يَظُنَّ الأَوْبَةَ قَبْلَهَا، فَعِيقَ.

فباع الشفيع شقصه قبل تمام الخيار بيع بتل، فإن تم بيع الخيار فالشفعة للمبتاع، وإن رد فهو لبائعه انتهى. وهذه المسألة الأخيرة تقدمت في كلام المصنف وظاهر كلام المصنف إذا باع حصته قبل أخذه بالشفعة سقط أخذه، سواء كان عالماً بالبيع أم لا، وفي المسألة خلاف. قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: وفي بيع الحصة المستشفع بها قولان. قال ابن عبد السلام: وظاهر كلام ابن القاسم التفرقة بين أن يبيعه غير عالم فالشفعة، وبين أن يبيعه عالماً فلا شفعة له. وفي البيان: ظاهر ما في المدونة أنه لا شفعة له إذا باع نصيبه وإن باع غير عالم لأنه قال: فيمن باع شقصاً بالخيار ثم باع صاحبه بيع بتل أو الشفعة لمشتري الخيار على مشتري البتل، وليست التفرقة بين أن يعلم أم لا. لابن القاسم في سماع عيسى قال: وقال أشهب: وأحب إلي أن لا شفعة له بعد بيع نصيبه أو بعضه لأنه إنما باع راغباً في البيع، وإنما الشفعة للضرر فلم تكن له شفعة، فهو قول رابع. ونص ابن ميسر على أنه إذا باع لا شفعة له إلا أن يبقى له بقية. قال في البيان: وقوله: «إلا أن يبقى له بقية» يحتمل وله الشفعة بقدرها كأحد قولي مالك وظاهر المدونة، ويحتمل فله أخذ الجميع فيكون قولاً خامساً. قال: وأظهر هذه الأقوال الفرق بين أن يبيع عالماً وغير عالم. وقال اللخمي: اختلف بعد القول إن الشفعة تسقط إذا باع بعض نصيبه هل يسقط من الشفعة بقدر ما باع، والذي أرى أن يستشفع الجميع لأن الشفعة تجب الجزء اليسير في الكثير البيع انتهى. ص: **(وإلا سنة)** ش: تصوره ظاهر.

مسألة: من ابتاع شقصاً وله شفعاء فيهم أقرب وأبعد فليس للأبعد أن يأخذ بالشفعة حتى يوقف الأقرب، فإما أخذ أو ترك. فإذا قال: أنا آخذ ولم يحضر نقده أجل اليومين والثلاثة، فإن لم يأت بالمال لم يكن له شفعة ووجبت لمن بعده، وإن لم يقم واحد من الشفعاء

أقوال وأظهرها ما تقدّم **(أو سكت بهدم أو بناء)** تقدّم هذا في الوجه الرابع، وراجع فيه أيضاً الفقه، وكيف لو غاب المبتاع وترك وكيله يبني في الشقص والشفيع حاضر؟ **(أو شهرين إن حضر العقد وإلا سنة)** انظر هذه العبارة مع ما يتقرر من المدونة قال مالك: الشفيع على شفعته حتى يترك أو يأتي من طول الزمان ما يعلم أنه تارك لشفعته، وإذا علم الشراء فلم يطلب شفعته سنة فلا يقطع ذلك شفعته، وإن كان قد كتب شهادته في الشراء، ولم ير مالك التسعة أشهر ولا السنة بكثير إن تباعد هكذا يحلف ما كان وقوفه تركاً لشفعته قال ابن المواز عن مالك: يحلف في خمسة أشهر فأكثر، ولا يحلف في شهرين. وأما إذا حضر الشراء وكتب شهادته ثم قام بعد عشرة أيام فأشد ما عليه أن يحلف ما كان ذلك منه تركاً لشفعته ويأخذها. قال مالك: إذا جاوز السنة بما يعد تاركاً فلا شفعة له. انتهى نص ابن يونس **(كأن علم فغاب إلا أن يظن الأونة قبلها فعيق وحلف إن بعد)** من المدونة قال مالك: من اشترى داراً وشفيعها حاضر ثم فر الشفيع بحدثان الشراء فأقام سنين كثيرة ثم قدم فطلب

وَحَلَف إنْ بَعُدَ وَصُدِّقَ إنْ أَنْكَرَ عِلْمَهُ: لاَ إنْ غَابَ أَوَّلاً،

لا الأقرب ولا الأبعد حتى مضى أمد انقطاعها على الاختلاف في ذلك بطلت شفعتهم جميعاً، القريب والبعيد، ولا حجة للبعيد في أن يقول: إنما سكت لأنه كان أمامي من هو أحق بالشفعة مني فلما رأيت الأمد قد تم له حينئذ طلبتها أنا، لأن سكوته على أن يقوم بشفعته فيأخذها إن كان الأقرب غائباً أو يوقف على الأخذ والترك إن كان حاضراً سقط لحقه فيها. انتهى مختصراً من نوازل ابن رشد والله أعلم. ص: **(وحلف إن بعد) ش:** هذا راجع لقوله: «وإلا سنة». والمعنى إذا قلنا: إن الشفعة للحاضر في السنة فإنه يحلف إذا كان قيامه بعيداً من العقد، وحد البعد في ذلك السبعة الأشهر وما بعدها. قال في التوضيح: وهل يحلف إذا لم تسقط شفعته في السنة؟ نقل في الكافي عن مالك أنه إن قام عند رأس السنة فلا يحلف، ورُوي عنه أنه يحلف ولو قام بعد جمعة. وفي المدونة: ولم ير مالك السبعة الأشهر ولا السنة كثيراً أي قاطعاً لحقه في الشفعة إلا أنه إن تباعد هكذا يحلف ما كان وقوفه تركاً للشفعة. وفي الموازية عن مالك: يحلف في سبعة أشهر أو خمسة لا شهرين. ابن العطار وابن الهندي وغيرهما من الموثقين: وظاهر المدونة أنه لا يحلف في السبعة الأشهر. وحمل ابن رشد المدونة على أنه يحلف في السبعة انتهى. وإذا قلنا: إن الحاضر إذا قام بعد البعد في السنة يحلف، فمن باب أولى إذا علم وغاب وكان يظن الأوبة قبل السنة فعيق وقلنا إن له الشفعة بعد السنة أنه يحلف أنه لم يكن مسقطاً للشفعة، ولا يصح أن يكون قوله: «وحلف راجعاً» إلى قوله: «إلا أن يظن الأوبة قبلها فعيق» لأنه يصير قوله بعده: «إن بعد» لا معنى له فتأمله والله أعلم. ص: **(وصدق إن أنكر علمه) ش:** يعني أن الشفيع الحاضر إذا أنكر علمه فإنه يصدق ولا تسقط شفعته. وهل تلزمه اليمين؟ قال في الواضحة: لو أنكر الشفيع العلم وهو حاضر فنقل أبو الحسن عن ابن القاسم وأشهب أنه يصدق وإن طال لأن الأصل عدم العلم. المتيطي: وهو ظاهر المذهب وقاله غير واحد من الموثقين ويحلف على ذلك. وقال محمد بن عبد الحكم وابن المواز: يصدق ولو بعد أربعة أعوام. ابن المواز: وإن الأربعة كثيرة ولا يصدق في أكثر منها.

فرع: قال أبو الحسن: ولو علم بالشراء وادعى جهل الشفعة قال: لا يصدق. قال ابن كوثر: وإن كانت امرأة فلا تعذر بالجهل. انتهى ونقله ابن رشد ص: **(لا إن غاب أولاً) ش:**

الشفعة، فإن كان سفره يعلم أنه لا يؤب منه إلا بعد أمد تقطع في مثله شفعة الحاضر فجاوزه فلا شفعة له، وإن كان سفراً يؤب منه قبل ذلك فعاقه أمر يعذر فتخلف له فهو على شفعته ويحلف بالله ما كان تاركاً لشفعته، أشهد عند خروجه أنه على شفعته أم لا **(وصدق إن أنكر علمه)**. المتيطي: وأما الحاضر الذي لا يعلم بالابتياع فلا تنقطع شفعته إلا بعد عام من علمه، فإن قام بعد مدّة طويلة يطلب شفعته وقال لم أعلم بالبيع فإن قوله يقبل مع يمينه إلا أن يثبت عليه أنه علم بذلك **(لا إن غاب أولاً)**

أَوْ أَسْقَطَ لِكَذِبٍ فِي الثَّمَنِ، وَحَلفَ أَوْ فِي الْمُشْتَرَى، أَوْ الْمُشْتَرِي، أَوْ انْفِرَادِهِ،

قال في المدونة: قال مالك: والغائب في شفعته وإن طالت غيبته وهو عالم بالشراء فإن لم يعلم فذلك أحرى ولو كان حاضراً. قال ابن يونس: قال ابن المواز: وقاله مالك وأصحابه وقد روى أشهب أن النبي ﷺ قال: ينتظر إن كان غائباً. قال أشهب: وقضى عمر بن عبد العزيز بالشفعة للغائب بعد أربع سنين. قال مالك: إلا أن يقوم بعد طول الزمان مما يجهل في مثله أصل البيع ويموت الشهود فأرى الشفعة منقطعة، فأما في قرب الأمد مما يرى أن المبتاع أخفى الثمن لقطع الشفعة فلتقوم الأرض على ما يرى من ثمنها يوم البيع فيأخذها بها انتهى. وقال الرجراجي في قول المدونة: وإن طالت غيبته إلا أن يطول الزمان جداً فيما يجهل في مثله أصل البيع ويموت الشهود فإن ذلك يقطع شفعته وهو قول مالك في كتاب محمد انتهى. وانظر سماع ابن القاسم من كتاب الشفعة. وقال في النوادر من كتاب محمد وهو في العتبية من سماع ابن القاسم: وإذا قال المبتاع: نسيت الثمن، فإن مضى طول من السنين ما يندرس فيه العلم وتموت البينة وترتفع فيها التهمة فالشفعة ساقطة، وكذلك إن كان صغيراً أو غائباً. وأما إن كان على غير ذلك فالشفعة قائمة بقيمة الشقص. قال ابن عبدوس: قال ابن الماجشون: إذا جاء الشفيع إلى ولد المبتاع بعد طول الزمان فيحلف ما عنده علم ذلك ثم يأخذ بالقيمة، وكذلك لو كان المبتاع حياً قال: لا أدري بكم اشتريت فيحلف، فإن نكل أخذه الشفيع إن شاء وقيل للمبتاع: متى أحببت حقك فخذه، وإن حلفت فلك قيمته يوم أسلمته إلى الشفيع. وإن قال الشفيع: لا أقبضه لعل ثمنه كثير فلا بد أن يحلف المبتاع ما يعلمه أو يسجن. وقال غيره: إذا اختلفوا في الثمن فجاء المشتري بما لا يشبه أو جهلوا الثمن استشفعه بقيمته يوم ابتاعه انتهى. وقال اللخمي: اختلف إذا قال المشتري: نسيت الثمن وطال السنون مما ينسى فيه الثمن أو مات المشتري وقال الورثة: لا علم عندنا وكان

من المدونة قال مالك: والغائب على شفعته وإن طالت غيبته وهو عالم بالشراء وإن لم يعلم فذلك أحرى **(أو أسقط لكذب في الثمن وحلف)** من المدونة قال ابن القاسم: وإذا أخبر الشفيع بالثمن فسلم فظهر أن الثمن دون ذلك فله الأخذ بالشفعة ويحلف أنه ما سلم إلا لكثرة الثمن **(أو في المشتري)** من المدونة قال ابن القاسم: إن قيل له قد ابتاع فلان نصف نصيب شريكك فسلم ثم تبين له أنه ابتاع جميع النصيب فله القيام أيضاً بشفعته، ولا يلزمه تسليم النصف الذي إن أراده المبتاع. ابن يونس: لأنه يقول لم يكن لي غرض في أخذ النصف لأن الشركة بعد قائمة، فلما علمت أنه ابتاع الكل أخذت لارتفاع الشركة وزوال الضرر. ابن المواز: قلت: فإن سمى لي المشتري فسلمت فإذا هو غيره من سمى لي فبدا لي فرجعت في أخذ شفعتي قال: ذلك لك كائناً من كان الرجل **(أو انفراده)** من المدونة قال ابن القاسم: إن قيل له ابتاعه فلان فسلم فظهر أنه ابتاعه مع آخر، فله القيام وأخذ حصتيهما ولا يلزمه التسليم للواحد. ابن المواز: لأنه يقول إني إن أخذت مصاب من لم أسلم له فقط

....

الشفيع غائباً أو صغيراً فقال ابن القاسم في كتاب محمد ونقل كلام النوادر المتقدم برمته ولفظه وزاد بعده فأسقط ابن القاسم الشفعة إن طال السنون، وأثبتها عبد الملك بالقيمة ولم يبين هل القيمة يوم البيع أو اليوم، والقول: «أن لا شفعة أحسن» لأن الشفعة كانت لتغليب أحد الضررين أن يعود إلى هذا ثمنه ويشفع الآخر بدفع مضرة الشريك، وإذا جهل الثمن وأمكن أن يؤخذ بأقل مما كان به وذلك ظم على المشتري لم يؤخذ منه انتهى. قال في المسائل الملقوطة: ومما يسقط الشفعة أن ينسيا الثمن أو يجهلاه وأن يموت الشهود قال: وفي ذلك خلاف. انتهى بالمعنى. وقال الجزيري في وثائقه: وبجهله الثمن مع طول الزمان وموت الشهود يسقط الشفعة، وإن قرب واتهم البائع بإخفاء الثمن شفع بقيمة الشقص انتهى.

تنبيه: علم من كلام ابن يونس والنوادر أنه إذا تجاهل المشتري الثمن في الأمد القريب أنه يؤخذ الشقص بقيمته إلا أن في النوادر لم يقل يوم البيع، وصرح بذلك ابن يونس وصرح بذلك ابن بطال في مقنعه فقال: يأخذه بقيمته يوم ابتاعه المبتاع والله أعلم.

فرع: قال في المدونة: وإن كانت الدار بغير البلد الذي هما فيه فهو كالحاضر مع الدار فيما تنقطع فيه الشفعة، ولا حجة للشفيع أنه لا ينقد حتى يقبضها لجواز النقد في الربع الغائب انتهى. قال أبو الحسن: قال ابن يونس: قال ابن المواز: وكذلك لو كانا حاضرين بموضع الشقص ثم سافرا جميعاً في موضع أو في مدينة والشفيع عالم بوجوب الشفعة فهو كالحاضر، وإنما ينظر إلى حضور الشفيع مع المشتري ولا ينظر إلى غيبة الدار انتهى.

فرع: قال فيها أيضاً: ويقضى للشفيع بالشفعة في غيبة المبتاع كالقضاء عليه ويكون على حجته انتهى. قال أبو الحسن: هذا إذا رفع الشفيع إلى القاضي. وهل تسقط إذا لم يرفع أو لا تسقط؟ ابن يونس: لو أراد الشفيع أن يأخذ شفعته والمبتاع غائب ولا وكيل له حاضر فذلك له، ويوكل السلطان من يقبض الثمن للغائب. قيل: وإن كان ذلك له ويقضي له به فكيف لا يقطع عنه الشفعة إذا طال زمان ذلك قبل أخذه لموضع العذر في استثقال اختلاف الناس إلى القضاة وربما ترك المرء حقه إلا بالسلطان انتهى. وذكر ابن سهل مسألة القضاء على الغائب في الشفعة وإن طال فيها في مسائل الأقضية وقال فيها: إن كان للغائب وكيل يقبض ما يجب قبضه أسلم إليه الثمن. انتهى.

فرع: قال في المدونة: ومن اشترى شقصاً من دار لرجل غائب كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة. قال أبو الحسن: تقديره ومن اشترى لرجل غائب شقصاً.

فرع: قال ابن ناجي في شرح المدونة: وهذا في الغيبة البعيدة، وأما ما قرب ولا مؤنة في الشخوص منه على الشفيع فهو فيه كالحاضر ونص عليه أشهب انتهى. واختلف في المريض فقيل: إنه كالغائب ولو علم بالشفعة، وقيل: كالحاضر، نقلهما ابن ناجي وغيره. ص: (أو

أَوْ أَسْقَطَ وَصِيٌّ أَوْ أَبٌ بِلاَ نَظَر، وَشَفَعَ لِنَفْسِهِ، أَوْ لِيَتِيمٍ آخَرَ.

أسقط أب أو وصي بلا نظر) ش: ظاهر المدونة أن الشفعة تسقط ولو كان غير نظر قال فيها: ولو أسلم من ذكرنا من أب أو وصي أو سلطان شفعة الصبي لزمه ذلك ولا قيام له إن كبر انتهى. قال أبو الحسن: قال في الوثائق المجموعة: إلا أن يكون الأخذ نظراً فيكون له الأخذ، وظاهر الكتاب سواء كان الأخذ نظراً أم لا، وبه قال أبو عمران، وسبب الخلاف هل الشفعة استحقاق أو بمنزلة الشراء. انتهى.

فرع: قال في المدونة: ولو كان له أب فلم يأخذ له شفعة ولم يترك حتى بلغ الصبي وقد مضى لذلك عشر سنين فلا شفعة للصبي لأن والده بمنزلته. قال أبو الحسن: قال أبو محمد: وقد قيل غير هذا وهذا. وحكى ابن أبي زمنين في سكوت الوصي قولين. الشيخ: ومقدم القاضي أحرى أن يدخله الخلاف. وقال ابن المواز: سكوت القاضي ومقدم القاضي سنة يسقط شفعة الصبي. انظر بقية كلام أبي الحسن.

فرع: قال في المدونة في كتاب الشفعة: ولا يأخذ الوصي للحمل بالشفعة حتى يولد ويستهل والله أعلم. ص: **(وشفع لنفسه أو ليتيم آخر) ش:** يعني أن الوصي أو الأب إذا باع شقصاً من ولايته فإن له أن يأخذ بالشفعة لنفسه إن كان شريكه، أو يأخذ ليتيم آخر في حجره يشاركه فيه. قال في المدونة: ومن وكل رجلاً يبيع له شقصاً أو يشتريه والوكيل شفيعه ففعل لم يقطع ذلك شفعته انتهى. أبو الحسن: فعلى ما في الكتاب إذا باع الأب شقص ابنه من دار بينهما أن له الشفعة، وكذلك الوصي. ونص عليه اللخمي فقال: إذا كانت دار بين رجل وولده فباع الأب نصيب نفسه كان له أن يستشفع نصيبه لولده، وإن باع نصيب ولده كان له أن يستشفع لنفسه، وكذلك الوصي يكون شريكاً لمن يلي عليه إن باع نصيب نفسه كان له أن

تبعض الشقص عليّ ولعل بعضه يضيق لقلته. **(أو أسقط وصي أو أب بلا نظر)** من المدونة قال مالك: وللصغير الشفعة يقوم بها أبوه أو وصيه، فإن لم يكونا فالإمام ينظر له، وإن لم يكن له أب ولا وصي وهو بموضع لا سلطان فيه فهو على شفعته إذا بلغ، ولو سلم من ذكرنا من أب أو وصي أو سلطان شفعة الصبي لزمه ذلك ولا قيام له إن كبر، ولو كان له أب فلم يأخذ له بالشفعة ولم يترك حتى بلغ الصبي وقد مضى لذلك عشر سنين فلا شفعة للصبي لأن والده بمنزلته. ابن عات: واختلف قول أشهب في سكوت الوصي مدة تنقطع في مثلها الشفعة. اللخمي: فإذا وجبت الشفعة للصغير كان الأمر فيها لوليه من أب أو وصي أو حاكم من أخذ وترك، فإن رشد الصبي بعد ذلك لم يكن له أخذ ما ترك ولا ترك ما أخذ إلا أن يتبين أن الأخذ لم يكن من حسن النظر لغلائه، أو لأنه قصد المحاباة لمن كان اشترى فللصبي إذا رشد نقض ذلك **(وشفع لنفسه أو ليتيم آخر)**. عبد الملك: إن باع الوصي شقصاً لأحد أيتامه فله الأخذ بالشفعة لباقيهم لا يدخل فيهم من بيع عليهم، ولا حجة على

أَوْ أَنْكَرَ الْمُشْتَرِي الشِّرَاءَ وَحَلَفَ وَأَقَرَّ بِهِ بَائِعُهُ، وَهِيَ عَلَى الأَنْصِبَاءِ،

يستشفع لنفسه إلا أن ذلك بعد أن يرفع إلى السلطان لما يتعلق بذلك من التهمة أن يبيع نصيب الصغير ببخس ليستشفع أو يواطىء على بيع نصيبه بغلاء ليأخذه له، فإن فعل وأخذ من غير مطالعة السلطان رفع إليه، فإن رآه سداداً أمضاه، وإن وجد تهمة رده، والأب والوصي في ذلك سواء. صح من اللخمي. وقال ابن زرب: أربعة بيعهم إسقاط لشفعتهم: الأب يبيع حصة ابنه الصغير من دار شركة بينهما، والوصي يبيع حصة محجوره، وأحد المتفاوضين، والوكيل على بيع شقص هو شفيعه، فهؤلاء لا شفعة لهم لأن البيع تسليم بخلاف الشراء. وقيل في الوكيل: له الشفعة انظر الخصال. وما حكاه ابن زرب خلاف للكتاب إلا في أحد المتفاوضين لأنه قال فيما سيأتي: ليس لأحد المتفاوضين فيما باع الآخر شفعة انتهى. وقال في التوضيح: للوصي على يتيمين إذا باع نصيب أحدهما أن يأخذ بالشفعة ليتيمه الآخر أو لنفسه وإن كان شريكاً لكن يدخل معه نظر القاضي إن أخذه لنفسه إذ يتهم أن يبيع نصيب يتيمه بثمن بخس ليأخذه بالشفعة، وكذلك إن باع نصيب نفسه وأراد أخذه ليتيمه فلا بد من نظر القاضي، وقد تقدم في أي موضع يباع عقار اليتيم فلا بد من مراعاة ذلك هنا، ولا بد أن يكون الشقص المباع لليتيم لا يقل ثمنه إذا بيع منفرداً عما لو بيع الجميع، وأما لو كان وهو الغالب إذا بيع الجميع كان ذلك أوفر لنصيب اليتيم يباع الجميع انتهى.

تنبيه: استفيد من كلام المدونة إن وكل رجلاً يبيع له شقصاً أو يشتريه والوكيل شفيعه ففعل لم يقطع ذلك شفعته والله أعلم. ص: **(أنكر المشتري الشراء وحلف وأقر به بائعه)** **ش:** هذه مسألة المدونة. قال في كتاب الشفعة: وإذا أنكر المشتري الشراء وادّعاه البائع فتحالفا وتفاسخا، فليس للشفيع أن يأخذ بالشفعة بإقرار البائع لأن عهدته على المشتري، فإذا لم يثبت المشتري على الشراء فلا شفعة للشفيع انتهى.

فرع: قال في المدونة في كتاب الشفعة: وإن أقر رجل أنه ابتاع هذا الشقص من فلان الغائب فقام الشفيع، فلا يقضى له بالشفعة بإقرار هذا حتى يقيم بينة على الشراء لأن الغائب إذا قدم وأنكر البيع أن يأخذ داره ويرجع على مدعي الشراء بكراء ما سكن، فإذا قضى بهذا قاض للشفيع بإقرار هذا لم يرجع عليه الغائب بذلك ولا على مدعي الشراء فيبطل من الغائب من الغلة بلا بينة. انتهى وانظر أبا الحسن. ص: **(وهي على الأنصباء)** **ش:** هذه مسألة المدوّنة أول كتاب الشفعة.

الوصي بأنه بائع لأنه باع على غيره. محمد: ولو كان له معهم شقص لدخل في تلك الشفعة أحب إليّ وينظر، فإن كان خيراً لليتيم أمضى **(أو أنكر المشتري الشراء وحلف وأقر به بائعه)** قد تقدّم أن هذا وجه ثامن من تسقط به الشفعة ونص المدونة قال ابن القاسم، إذا أنكر المشتري الشراء وادّعاه البائع فتحالفا وتفاسخا فليس للشفيع أن يأخذ بالشفعة بإقرار البائع لأن عهدته على المشتري وإذا لم يثبت للمشتري شراء فلا شفعة للشفيع **(وهي على الأنصباء)** من المدونة قال مالك: القضاء إذا وجبت

وَتُرِكَ لِلشَّرِيكِ حِصَّتُهُ، وَطُولِبَ بالأَخْذِ بَعْدَ اشْتِرَائِهِ لاَ قَبْلَهُ،

فرع: قال في الجواهر: إذا باع بعض حصته لم يأخذ مع الشريك بالشفعة لأن بيعه رغبة في البيع وإنما الشفعة للضرر، وكذلك لو باع السلطان بعض نصيبه في دين وهو غائب ثم قدم لأن يده كيده. قال أبو محمد: لو باع شقصه ثم باعه المشتري له الشفعة لأنه بيع ثانٍ فلعله يرضى بالمشتري الأول دون الثاني. انتهى من الذخيرة والله أعلم. وتقدم كلام التوضيح فيما إذا باع بعض حصته عند قوله: «أو باع حصته» ص: (وترك للشفيع حصته) ش: انظر المدونة في كتاب الشفعة وابن عرفة. ص: (وطولب بالأخذ بعد اشترائه لا قبله) ش: يعني أن الشفيع يطالب بالأخذ بالشفعة أو ترك الأخذ بها بعد اشتراء المشتري للشقص لا قبله والمطالب له بذلك المشتري لما يلحقه من الضرر في تأخيره عدم الأخذ.

تنبيه: علم من هذا أنه لا يمنع المشتري أن يشتري دون إعلام الشفيع، ولا للبائع أن يبيع دون علمه وهو كذلك لكنه مكروه. قال القرطبي في شرح مسلم في شرح قوله ﷺ: «من كان له شريك في ربع أو نخل فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن رضي أخذ وإن كره ترك» وفي رواية: «لا يحل أن يبيع حتى يؤذن شريكه» هو محمول على الإرشاد إلى الأول بدليل قوله: «فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به» ولو كان في ذلك على التحريم لزم البائع ويفسخ البيع لكنه أجازه وصححه ولم يذم الفاعل فدل على ما قلناه. وقد قال بعض شيوخنا: إن ذلك يجب عليه انتهى. وكذلك قال النووي: هو محمول عند أصحابنا على الندب إلى إعلامه وكراهة بيعه قبل إعلامه كراهة تنزيه وليس بتحريم، ويتأولون الحديث على هذا. ويصدق على المكروه أنه ليس بحلال ويكون الحلال بمعنى المباح وهو المستوي الطرفين، والمكروه ليس بمستوى الطرفين بل هو راجح الترك انتهى. وقال سند في باب إحرام من يولى عليه: للعبد أن يحرم، وللسيد أن يرضى أو يمنع، وللشريك أن يبيع، وللشفيع أن يطرد المبتاع. انتهى.

الشفعة للشركاء قسمت بينهم على قدر أنصبائهم لا على عددهم. قال أشهب: لأن الشفعة إنما وجبت لشركتهم لا بعددهم فيجب تفاضلهم فيها بتفاضل أصل الشركة **(وترك للشفيع حصته)** من المدونة قال مالك: إن كان للشفيع منهم سهم متقدّم حاصهم به فقط **(وطولب بالأخذ بعد اشترائه)**. اللخمي: للمشتري وقف الشفيع على الأخذ أو الترك فإن أبى جبره الحاكم على ذلك. ومن المدونة قلتم: فله من أراد الأخذ بالشفعة ولم يحضره الثمن أيتلوم له؟ قال: قال مالك: رأيت القضاة عندنا يؤخرون الأخذ بالشفعة في النقد اليومين والثلاثة واستحسنه مالك وأخذ به. قال ابن المواز: إنما يؤخر هكذا إذا أخذ شفعته فأما إذا أوقفه الإمام ليأخذ شفعته فقال أخروني اليومين والثلاثة لأنظر في ذلك، فليس ذلك له ويقال له بل خذ شفعتك الآن في مقامك وإلا فلا شفعة لك. وقاله أشهب ومطرف. وقال مالك في رواية ابن عبد الحكم: يؤخره السلطان اليومين والثلاثة ليستشير وينظر **(لا قبله ولم يلزم إسقاط)** من المدونة قال مالك: إذا قال الشفيع للمبتاع قبل الشراء اشتر فقد سلمت لك الشفعة وأشهد

وَلَمْ يَلْزَمْهُ إِسْقَاطُهُ، وَلَهُ نَقْضُ وَقْفٍ: كَهِبَةٍ، وَصَدَقَةٍ وَالثَّمَنُ لِمُعْطَاهُ؛ إِنْ عَلِمَ شَفِيعَهُ،

تنبيه: وأما بعد الشراء فقال القرطبي: هي حق للشريك على المشتري فيجب عليه أن يشفعه ولا يحل له الامتناع من ذلك انتهى. وقال الشيخ أبو الحسن في شرح قوله في المدونة في كتاب الجهاد فيمن وقع في سهمه أمة من المغنم أو ابتاعها أو علم أنها لمسلم فلا يطؤها حتى يعرضها عليه. أقام ابن محرز من هذه المسألة من اشترى شقصاً فيه الشفعة وهو يعلم أن فيه شفعاء فلا يتصرف فيه حتى يعلم الشفيع، وهذا إذا لم يعلم الشفيع، وأما إن علم فلا معنى لتوقيفه انتهى. وذكر ابن عرفة في كتاب الجهاد كلام ابن محرز ونقل عن ابن بشير في المسألة قولين، ونقل عن ابن عبد السلام كلامه في ذلك فراجعه، وانظر كلام ابن سهل وعياض في التنبيهات وكلام ابن عبد السلام في باب الجهاد عند قول ابن الحاجب: «ومن صارت إليه جارية أو غيرها» في آخر الباب. ص: **(ولم يلزمه إسقاطه)** ش: قال في المدونة: ولو قال الشفيع للمبتاع قبل الشراء: اشتر فقد أسلمت لك الشفعة وأشهد بذلك، فله القيام بعد الشراء لأنه سلم ما لم يجب له، وإن سلم بعد الشراء على مال أخذه جاز، وإن كان قبل الشراء بطل ورد المال وكان على شفعته. انتهى. ص: **(والثمن لمعطاه إن علم شفيعه)** ش: يعني إن علم أن له شفيعاً، ومفهومه إن لم يعلم فالثمن له. قال ابن رشد في رسم سلعة سماها من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق، ومثله لو اشترى رجل جارية وتصدق بها على رجل ثم توفي المتصدق واعترفت الجارية أنها حرة فأخذ الثمن من البائع، فإنه لورثة المتصدق لا للمتصدق عليه، وشبههما بمسألة الشفعة فقال: وقد اختلف هل هو محمول على العلم أو على عدم

بذلك فله القيام بعد الشراء لأنه سلم ما لم يجب له بعد. ابن يونس: لأن من وهب ما لا يملكه لم تصح هبته انتهى. انظر هذه المسألة لها نظائر إسقاط الجائحة واليمين في دعوى القضاء وإذن الزوجة في التزويج عليها وحظها في المبيت وهبة دمه وقوله لا أقبل وصية من أوصى لي والقذف قبل أن يقذف والرد بالعيب قبل وجوبه **(وله نقض وقف كهبة وصدقة)** من المدونة قال مالك: من اشترى شقصاً من دار وله شفيع غائب فقاسم الشريك ثم جاء الشفيع فله نقض القسم وأخذه، ولو بنى فيه المشتري بعد القسم مسجداً فللشفيع أخذه وهدم المسجد، ولو وهب المبتاع ما اشترى من الدار أو تصدق به كان للشفيع إذا قدم نقض ذلك والثمن للموهوب أو المتصدق عليه لأن الواهب علم أن له شفيعاً فكأنه وهبه الثمن بخلاف الاستحقاق. ابن المواز: وقال أشهب: الثمن للواهب أو المتصدق عليه كالاستحقاق. ابن المواز: وهذا أحب إلينا لأنه بالبيع يأخذ فهو يفسخ ما بعده. وقاله سحنون. ومن اشترى داراً فوهبها لرجل ثم استحق رجل نصفها وأخذ باقيها بالشفعة فثمن النصف المستشفع للواهب بخلاف من وهب شقصاً ابتاعه وهو يعلم أن له شفيعاً هذا وهب ثمنه للموهوب إذا أخذه الشفيع **(والثمن لمعطاه إن علم شفيعه)** انظر هذا الشرط والمسألة إنما هي مفروضة في شقص وتقدم نصها: «الثمن للموهوب أو المتصدق عليه» لأن الواهب علم أن له شفيعاً خلافاً لأشهب وسحنون

لاَ إِنْ وَهَبَ دَاراً فَاسْتُحِقَّ نِصْفُهَا، وَمُلِكَ بِحُكْمٍ أَوْ دَفْعِ ثَمَنٍ، أَوْ إِشْهَادٍ، وَاسْتُعْجِلَ، إِنْ قَصَدَ

العلم، وفي الشفعة من المدونة دليل القولين جميعاً. انتهى والله أعلم. ص: **(وملك بحكم أو دفع ثمن أو إشهاد)** ش: انظر كلام ابن غازي الذي أتى به هنا فإنه جيد. وقال ابن راشد في اللباب: ثم الآخذ إنما يتوجه له الأخذ عند وجود المقتضي وهو وجود الشرط والسبب وانتفاء المانع والسبب نفس البيع. ويشترط في كونه سبباً خمسة شروط: أن يكون الشفيع مالكاً للرقبة، وأن يخرجه البائع عن ملكه بمعاوضة من بيع ونحوه، وأن يكون البيع صحيحاً إذ لا يشفع في الفاسد إلا بعد الفوات، وأن يكون لازماً فلا شفعة في الخيار إلا بعد لزومه، وأن يكون الملك سابقاً على البيع، فلو اشترى رجلان داراً صفقة واحدة فلا شفعة لأحدهما على الآخر. وأما الشروط فأربعة: الأول: أن يشفع ليملك لا ليبيع، الثاني: بقاء الحصة التي يستشفع بها، الثالث: معرفة الثمن فلو لم يعلمه فلا شفعة. وقد قال ابن القاسم في رجل تصدق على أخته بسهمه في أرض عوضاً عما ذكره أنه أصاب من مورثها مما لا يعلم قدره لا شفعة فيه. الرابع: أن يكون البيع ثابتاً، إما بالبينة أوبإقرار المتبايعين، ولو أنكر المبتاع وأقر البائع والشقص بيده لم يكن له الشقص على المشهور وأوجب ذلك أشهب، وأما المانع فهو التصريح بالإسقاط أو ما يقوم مقامه. انتهى باختصار. وفي المدونة: من ابتاع شقصاً بعبد بعينه فمات بيده فمصيبته من البائع وللشفيع الشفعة بقيمة العبد، وعهدته على المبتاع لأن الشفعة وجبت له بعقد البيع. انتهى.

فرع: قال ابن سهل: تنازع بنو حفص في العرصة التي بينهم ودعت أميرة إلى القسم بعد أن أثبتت موت حفص ووراثته وملكه للعرصة وأنه أورثها ورثته، وادعت أن آمنة اشترت حصة أخيها عبد الحميد فطلبت الشفعة وأنكر عبد الحميد وآمنة التبايع. قال ابن لبابة: على عبد الحميد اليمين أنه ما باع حصته من أخته آمنة، فإذا حلف وجب القسم وسقطت دعوى الشفعة، وإن نكل لم تجب الشفعة حتى تحلف آمنة أنها لم تشتر، فإذا حلفت سقطت أيضاً الشفعة بينهما، وإن نكلت مع نكول عبد الحميد حلفت أميرة أنهما تبايعا بثمن كذا، فإذا حلفت وجبت لها الشفعة. وقال أيوب: لا يمين على عبد الحميد ولا على آمنة، لأن المدعي البيع قال لعبد الحميد: إنك قد بعت من آمنة، فقال عبد الحميد: لم أبع ولكن وهبت لله تعالى، وقالت آمنة: لم أبتع ولم أهب، فلا يمين على واحد منهما حتى يأتي بسبب بيع أو هبة فتجب اليمين، ولأن المدعى عليهما التبايع قد تنافيا وتناكرا ما ادّعى عليهما، فهذا أبعد في

ومختار ابن المواز **(لا إن وهب دار فاستحق نصفها)** تقدم نصها: إذا استحق نصفها وشفع بثمن النصف المستشفع للواهب **(وملك بحكم أو دفع ثمن أو إشهاد)** ابن شاس: يملك الأخذ بتسليم الثمن وإن لم يرض المشتري وبقضاء القاضي له بالشفعة عند الطلب وبمجرد الإشهاد. ابن عرفة: تبع في هذا الغزالي لظنه موافقته للمذهب وهذا دون بيان لا ينبغي. راجع ابن عرفة **(واستعجل إن قصد**

أَرْتِيَاءَ أَوْ نَظَراً لِلْمُشْتَرِي إِلاَّ كَسَاعَةٍ. وَلَزِمَ إِنْ أَخَذَ وَعَرَفَ الثَّمَنَ فَبِيعَ لِلثَّمَنِ، وَالْمُشْتَرِي إِنْ سَلَّمَ؛ فَإِنْ سَكَتَ: فَلَهُ نَقْضُهُ،

إيجاب اليمين. وقاله محمد بن الوليد ومحمد بن عمر بن لبابة وأحمد بن يحيى وعبد الله بن يحيى. قال القاضي: كذا وقع في الأصل بتكرار ابن لبابة فإن كان صحيحاً فهو رجوع عن جوابه الأول خطأ، والصواب ما قاله أبو محمد صالح لأن المستشفع منه إذا أنكر الابتياع والهبة وانتفى من ملك الشقص المستشفع فيه سقط بطلب الشفيع انتهى. وجواب ابن لبابة الأول واضح إذ قد يكون لهما غرض في إنكار البيع كجعلهما حيلة تسقط بها الشفعة في رأي بعض القضاة فأنكر البيع ليستحكما حاكماً يرى سقوط الشفعة بتلك الحيلة، وطلب الشفيع أن يأخذ بالشفعة قبل ذلك عند حاكم لا يرى تلك الحيلة مسقطة، ولو خطر هذا ابن سهل لم يتوقف في لزوم اليمين. وإنما أنكر ذلك لعدم الاختلاف في بلادهم ووقتهم بدليل ما حكى بعدها ونصه: يلزم وكيل ابن مالك وزوجته أن يأتي بشاهد ثان على توكيلهما إياه ويضرب له في ذلك أجل يومين، فإن جاء بالشاهد الثاني ضرب له أجل في إثبات الابتياع الذي طلب به الشفعة، فإن ثبت ذلك وجبت الشفعة بعد الإعذار إلى البائع منهم، وإن لم يثبت البيع لزمه قيمة الدار على عدد ورثة حفص بعد أن يحلف البائع والمشتري لما تبايعا ولهما رد اليمين على زوجة ابن مالك. قاله ابن لبابة وأيوب بن سليمان ومحمد بن وليد. قال القاضي: ظاهر هذه المسألة أن جوابهم فيها خلاف جوابهم في التي قبلها إلا إن كان عندهم فيها معنى لم يظهر في حكايتها أوجب هذا الجواب انتهى. وقد حصل في هذه الأزمان هذا المعنى ولا شك أنه موجب اليمين فتأمله والله أعلم. ص: **(إلا كساعة)** ش: ينبغي أن يعود الاستثناء إلى قوله: «أو

أرتياء أو نظر للمشتري إلا كساعة) سمع القرينان: من باع شقصاً في حائط فقال الشفيع حتى أذهب فأنظر أين شفعتي فقال ليس له ذلك فراجعه السائل فقال: إن كان الحائط على ساعة من نهار فذلك له وإلا فلا. ابن رشد: نحو هذا في المدونة. ابن عرفة: ذكر القول بالتأخير ثلاثة أيام اللخمي والصقلي والباجي رواية لابن عبد الحكم انتهى. انظر نص الرواية عند قوله «وطولب بالأخذ» **(ولزم إن أخذ وعرف الثمن)** ابن عرفة: شرط لزوم أخذ الشفيع إياه علمه بالثمن. ومن المدونة: إن قال بعد الشراء اشهدوا أني أخذت بشفعتي ثم رجع، فإن علم الثمن قبل أخذه لزمه، وإن لم يعلم به فله أن يرجع. اللخمي: قوله «له أن يرجع» ظاهره أن له الأخذ قبل معرفته بالثمن. وفي الموازية: إنه فاسد ويجبره على رده **(فبيع عليه للثمن والمشتري إن سلم بأن سكت فله نقضه)** ابن رشد: إن وقفه الحاكم فقال أخذت وقال المشتري سلمت فعجز عن الثمن بيع عليه بمثل ماله والثمن ولا رد لواحد منهما في الأخذ والتسليم إلا بتراضيهما، وإن سكت المشتري ولم يقبل سلمت فأجله الحاكم في الثمن فلم يأت به إلى الأجل فللمشتري بيع مال الشفيع أو أخذ شقصه

وَإِنْ قَالَ أَنَا آخُذُ: أُجِّلَ ثَلاثاً لِلنَّقْدِ؛ وَإِلاَّ سَقَطَتْ، وَإِنْ اتَّحَدَتِ الصَّفْقَةُ وَتَعَدَّدَتِ الْحِصَصُ وَالْبَائِعُ: لَمْ تُبَعَّضْ: كَتَعَدُّدِ الْمُشْتَرِي، عَلَى الأَصَحِّ،

نظر المشتري فقط» لا لقوله: «إن قصد أرتياء». ص: (وإن اتحدت الصفقة الخ) ش: مفهوم قوله: «اتحدت الصفقة» أنها لو تعددت لكان خلاف ذلك وهو كذلك. وقال في المدونة: ومن اشترى حظ ثلاثة رجال من دار في ثلاث صفقات فللشفيع أن يأخذ ذلك أو يأخذ أي صفقة شاء، فإن أخذ الأولى لم يشفع معه فيها المبتاع، وإن أخذ الثانية كان للمبتاع معه الشفعة بقدر صفقته الأولى فقط، وإن أخذ الثالثة خاصة شفع فيها بالأولى والثانية انتهى. وقال ابن عرفة: وتعدد الصفقات يوجب انفراد كل صفقة بحكمها انتهى.

فرع: فلو تعدد الشفيع فقط فقال في المدونة: ومن ابتاع شقصاً من دارين في صفقة وشفيع كل دار على حدة فأسلم أحدهما فللآخر أن يأخذ شفعته في التي هو شفيعها دون الأخرى. أبو الحسن: تعدد هنا الشفيع والصفقة واحدة والبائع واحد والمبتاع واحد. وانظر لم لم يجعل للمبتاع حجة بتبعيض صفقته؟ وظاهره وإن كان الشقص المأخوذ بالشفعة جل الصفقة، ولعله إنما جرى على القول بأن الشفعة ابتداء بيع انتهى.

فرع: فلو تعدد الشفعاء مع تعدد البائع ففي النوادر قال ابن القاسم وأشهب: من ابتاع حظاً من دار من رجل وحظاً من حائط من آخر وشفيعهما واحد، فليس للشفيع إلا أخذ الجميع أو يترك الجميع. ابن عبدوس: وقاله عبد الملك. محمد: وأنا أنكر أن يجمع الرجلان سلعتيهما في صفقة واحدة وليرد ذلك إن علم به المشتري ما لم يفت بحوالة سوق أو بيع، أو يأخذ بالشفعة فينفذ ويقسم الثمن على القيمة. قال أشهب متصلاً بكلام عبد الملك: وكذا إن كان الشفعاء جماعة فليس لهم أن يأخذوا النخل دون غيرها، فإما أخذوا الجميع أو تركوا، فإن

(وإن قال آخذ أجل ثلاثاً للنقد وإلا سقطت) انظر هذا مع قوله قبل هذا: «وطولب بالأخذ بعد اشترائه» **(وإن اتحدت الصفقة وتعددت الحصص والبائع لم تبعض كتعدد المشتري على الأصح)** من المدونة قال ابن القاسم: لو اشترى رجل ثلاثة أشقاص من دار أو دور في بلد أو بلدان من رجل أو رجال وذلك كله واحد، فليس له أن يأخذ إلا الجميع أو يسلم. وكذلك إن اشترى من أحدهم حصته في نخل ومن آخر حصته في قرية ومن آخر حصته في دار في صفقة واحدة أو كان بائع ذلك كله واحداً وشفيع ذلك كله واحد، فإما أخذ الجميع أو سلم. ولو ابتاع ثلاثة ما ذكرنا من واحد أو من ثلاثة صفقة والشفيع واحد، فليس له أن يأخذ من أحدهم دون الآخر وليأخذ الجميع أو يدع. وقال أشهب وسحنون في غير المدونة: له أن يأخذ من أحدهم. وقاله ابن القاسم مرة ثم رجع عنه. ابن يونس: وقال بعض الفقهاء: الصحيح كلام أشهب انتهى. فانظر قول خليل على الأصح إنما كان ينبغي أن يقول لو لم يختصر على نص المدونة وحينئذ كان يشير بالأصح لقول بعض الفقهاء هو الصحيح. وانظر قول ابن القاسم: إن اشترى من أحدهم حصته في نخل ومن آخر حصته في قرية الخ. مع قوله:

وَكَأَنْ أَسْقَطَ بَعْضُهُمْ، أَوْ غَابَ أَوْ أَرَادَ الْمُشْتَرِي، وَلِمَنْ حَضَرَ حِصَّتُهُ،

أخذوا الجميع على أن النخل لأحدهم وللآخر الدور فليس للمشتري أن يأبى ذلك ولا حجة له وليس بقياس وهو استحسان. انتهى ونقله ابن عرفة أيضاً. ولا منافاة بين هذا وبين ما في المدونة فإن في هذا تعدد الشفعاء واشتركوا في كل حصة والله أعلم. ص: **(وكان أسقط بعضهم أو غاب)** ش: قال ابن الحاجب: وإذا اتحدت الصفقة وأسقط بعضهم أو غاب فليس إلا أخذ الجميع. ابن عبد السلام: وأما غيبة بعض الشفعاء فلا أعلم فيه خلافاً وأن الحكم ما قاله المؤلف يعني ابن الحاجب انتهى. وأما في الإسقاط فما قال الشيخ هو المشهور. وقال أصبغ وابن حبيب: وإن كان تسليم أخذ الشفعاء على وجه الهبة أو الصدقة فليس لمن أراد الأخذ إلا بقدر سهمه وللمبتاع سهم من سلم، وإن كان على وجه الترك وكراهة الأخذ فللمتمسك أخذ جميعها. وفي مختصر الوقار: ليس لمن لم يحز إلا مصابه. اللخمي: وهو أقيس الأقوال. قاله في التوضيح وهذا لفظه. وقال ابن عرفة بعد كلام الوقار: وحاصله أن نصيب التارك للمشتري مطلقاً. وابن حبيب خصص ذلك بكون الترك لوجه المشتري. وظاهر المدونة والعتبية أنه لمن بقي مطلقاً فالأقوال ثلاثة. ص: **(ولمن حضر حصته)** ش: قال الشارح: أي فإن أخذ الشفيع الحاضر جميع الحصة ثم قدم الغائب فله أن يدخل معه إن أحب فيأخذ بقدر ما كان له من شفعته انتهى. قال ابن غازي: أي ولمن صار حاضراً بعد الغيبة ولو قال: «ولمن قدم» كان أبين انتهى. وقال البساطي: يعني إن حضر واحد من الغيب بعد أن أخذ الحاضر الجميع فلمن حضر حصته إن أراد فيأخذ بقدر حصته انتهى. وظاهر كلامهم وكلام المصنف إن كان الشفعاء الغيب

«لا يجوز أن يجمع الرجلان سلعتيهما في البيع» **(وكان أسقط بعضهم)** من المدونة قال مالك: ومن ابتاع شقصاً له شفيعان فسلم أحدهما، فليس للآخر أن يأخذ بقدر حصته إذا أبى عليه المبتاع. فإما أخذ الجميع أو ترك، وإن شاء هذا القائم أخذ الجميع فليس للمبتاع أن يقول لا تأخذ إلا بقدر حصتك **(أو غاب)** من المدونة: من ابتاع شقصاً من دار له شفعاء غيب إلا واحد حاضر فأراد أخذ الجميع ومنعه المبتاع، أخذ حظوظ الغيب أو قال له المبتاع خذ الجميع وقال الشفيع لا آخذ إلا حصتي فإنما للشفيع في الوجهين أن يأخذ الجميع أو يترك. وإن قال الشفيع أنا آخذ حصتي فإذا قدم أصحابي فإن أخذوا شفعتهم وإلا أخذت، لم يكن له ذلك. أما إن يأخذ الجميع أو يدع فإن سلم فلا أخذ له مع أصحابه إن قدموا ولهم أن يأخذوا الجميع أو يدعوا،فإن سلموا إلا واحداً قيل له خذ الجميع أو دع، ولو أخذ الحاضر الجميع ثم قدموا فلهم أن يدخلوا كلهم معه إن أحبوا، والصغير إذا لم يكن له من يأخذ له بالشفعة كالغائب وبلوغه كقدوم الغائب **(أو أراده المشتري)** انظر أنت ما معنى هذا. وفي المدونة: إن قال له المبتاع خذ الجميع وقال الشفيع لا آخذ إلا حصتي فإنما له أن يأخذ الجميع أو يترك، فيبقى النظر إن وافق المبتاع الشفيع على أخذ حصته خاصة هل يمنع أحد هذا **(ولمن حضر حصته)** من المدونة: لو أخذ الحاضر الجميع ثم قدموا فلهم أن يدخلوا كلهم معه إن أحبوا فيأخذوا بقدر ما كان

وَهَلِ الْعُهْدَةُ عَلَيْهِ، أَوْ عَلَى الْمُشْتَرِي، أَوْ عَلَى الْمُشْتَرِي فَقَطْ: كَغَيْرِهِ، وَلَوْ أَقَالَهُ الْبَائِعُ إِلاَّ أَنْ يُسَلِّمَ

جماعة وقدم واحد منهم فله أن يأخذ بقدر حصة إشراكه الغيب حتى يقدموا وليس كذلك، إنما له أن يأخذ نصف ما أخذه الحاضر إن ساوت حصته حصة الحاضر وإلا فعلى قدر حصصهما كأنه ليس لهما شريك غائب. قال في المنتقى: وإن كان إشراكه غيباً لم يكن للشفيع أن يأخذ حصته دون حصة إشراكه الغيب حتى يقدموا وليأخذ الآن الكل أو يترك، فإن ترك فلا حق له مع أصحابه إذا قدموا وأخذوا بالشفعة، فإذا قدم واحد ممن غاب قيل له: خذ الجميع أو اترك الجميع، فمن قدم دخل معه في الشفعة إن أراد ذلك على قدر حصصهما كما لو لم يكن شريك غيرهما. قاله ابن القاسم في المدونة وقاله أشهب في غيرها انتهى. وفي النوادر قال ابن القاسم وأشهب: فإن قدم الغائب وقد أخذ الحاضر الجميع دخلوا معه بقدر سهامهم، وإن أبى بعضهم الأخذ فللآخرين من الشفعة بقدر حصصهم من حصص من أخذ لا بقدر حصصهم من حصص جميع الشركاء. قالا: فإن أبوا إلا واحداً ومصابه مثل مصابك فجميع ما أخذته بينكما شطرين، فلو لم يقدم لا واحد فليس له بقدر حصصه من حصص أصحابه ولكن يأخذ نصف ما أخذت إن كان نصيبه مثل نصيبك انتهى. وصرح بذلك ابن رشد في نوازله وقد تكلم في ذلك وأطال. وبهذا يتضح ما نقله ابن رشد عن أشهب وذكره ابن غازي عنه في العمدة وهو قوله: «وإن جاء ثالث كان مخيراً إن شاء كتب عهدته على المشتري، وإن شاء على الشفيع الأول، وإن شاء عليه وعلى الثاني». انتهى فتأمله والله أعلم.
ص: **(وهل العهدة عليه أو على المشتري)** ش: هذا قول أشهب الذي اختار ابن رشد أنه مفسر لقول ابن القاسم. قال في النوادر بعد أن نقله: وليس لهم أي الشفعاء الغيب أن يكتبوا ذلك عليكما جميعاً انتهى. أي على الشفيع الأول والمشتري. ص: **(وهل العهدة عليه أو على المشتري كغيره)** ش: يعني أنه إذا أخذ من حضر من الشفعاء جميع الشفعة ثم قدم أحد

لهم من شفعتهم **(وهل العهدة عليه أو على المشتري أو على المشتري فقط كغيره ولو أقاله وأن يسلم قبلها تأويلان)** أما مسألة الحاضر إذا أخذ الجميع بالشفعة ثم قدم الغائب فقال ابن رشد: قال أشهب: إذا غاب الشفعاء إلا واحداً فأخذ جميع الشفعة ثم جاء أحد الغيب كان مخيراً في كتب عهدته إن شاء على المشتري وإن شاء على الشفيع الأول، لأنه كان مخيراً في الأخذ فهو كمشترٍ من المشتري. فقيل: إن قول أشهب هذا هو خلاف مذهب ابن القاسم وإنه لا يكتب عهدة على مذهب ابن القاسم إلا على المشتري وليس هذا عندي بصحيح، والصواب أن قول أشهب مفسر لمذهب ابن القاسم. وأما مسألة غيره أن عهدته على المشتري قولاً واحداً، فعبارة ابن رشد عهدة الشفيع على المشتري لا على البائع سواء أخذها من يد البائع قبل القبض أو من يد المشتري بعد القبض. هذا ما ذهب إليه مالك وأصحابه. وإذا باع المبتاع الشقص أخذ الشفيع ممن شاء منهما وكتب عهدته عليه. وأما مسألة الخلاف إذا أقاله هل تكون عهدته على البائع؟ ففي المدونة قال مالك: من اشترى شقصاً

قَبْلَهَا؟ تَأْوِيلاَنِ، وَقُدِّمَ مُشَارِكُهُ فِي السَّهْمِ، وَإِنْ كَانَتْ لأَبٍ أَخَذَتْ سُدُساً،

الشفعاء الغيب وأخذ بالشفعة، هل تكون العهدة على الشفيع الأول أو على المشتري المأخوذ منه بالشفعة كما تكون العهدة عليه في غير مسألة الغائب إذا قدم على شريكه؟ قال في النوادر: قال ابن المواز: أجمع مالك وأصحابه أن عهدة الشفيع على المشتري. قال أشهب: وإليه يدفع الثمن إن كان المبتاع دفعه إلى البائع وعلى المشتري قبض الشقص ودفعه إلى الشفيع، فإن كان المشتري حاضراً ولم يدفع الثمن دفع الشفيع الثمن إلى البائع وعلى المشتري قبض الشقص للشفيع، وإن شاء الشفيع قبضه من البائع وعهدته في ذلك كله على المبتاع. ومن كتاب ابن المواز: فإن غاب المبتاع ولم يكن ثقة فأبى البائع من دفع الشقص. قال ابن القاسم: ينظر فيه السلطان. وقال أشهب في الكتابين: إن قربت غيبته كتب حتى يقدم فيكتب عليه العهدة، وإن

ثم استقال منه فللشفيع الشفعة بعهدة البيع وتبطل الإقالة، وليس له الأخذ بعهدة الإقالة والإقالة عند مالك بيع حادث إلا في هذا. ابن المواز: وجعله كأن المشتري هرب من العهدة. وقال أشهب: والقياس عندي أن يأخذ من أيهما شاء، ولو قاله قائل لم أعبه ولكن الاستحسان أن لا تكون له شفعة إلا على المشتري لفراره من العهدة. قال في المدونة: وإن أسلم الشفيع شفعته صحت الإقالة.

أما المسألة المسلم قبل الإقالة فقل ابن المواز: وأما إن سلم الشفيع شفعته قبل الإقالة ثم تقايل المتبايعان فللشفيع الشفعة بعهدة الإقالة من البائع ويصير بيعاً حادثاً لزوال التهمة **(وقدم مشاركه في السهم)** ابن شاس: إن كان في الشركاء من له شرك أخص من غيره من الإشراك فهو أشفع وأولى من غيره ممن له شرك أعم، وذلك كأهل المورث الواحد يتشافعون بينهم دون الشركاء الأجانب، ثم أهل السهم الواحد أولى من بقية أهل الميراث. وبالجملة فكل صاحب شرك أخص فهو أشفع إلا أن يسلم فيشفع صاحب الشرك الذي يليه أعني الذي هو أعم منه، فإن سلم الآخر شفع من هو أبعد منه. وانظر لو باع الشفيع شفعته من المبتاع أو وهبها له على مذهب المدونة أنه لا فرق بين ذلك وبين التسليم في كل الأوجه الشفعة ثابتة للأبعد. البرزلي: ولهذه المسألة نظراء منها من خالعته على إسقاط الحضانة ولها أم، مفهوم، إرخاء الستور من المدونة أن حق الأم لا يسقط. ومنها إذا زوجها أجنبي وتعذر الأقرب هل ينتقل الخيار للأبعد أو للسلطان؟ وهذا مذهب المدونة. ومنها إذا جعل الخيار للأم في ابنتها فردّته للبنت هل يمضي على الزوج؟ ومنها العدل في الرهن هل يوصى به لغيره؟ وكذا وكيل الطلاق **(وإن كانت لأب أخذت سدساً)** من المدونة قال مالك: لو ترك داراً بينه وبين رجل ورثته عصبة فباع أحدهم حصته قبل القسمة فبقيتهم أحق بالشفعة من الشريك الأجنبي لأنهم أهل مورث، فإن سلموا فللشريك الأخذ، وإن ترك أختاً شقيقة وأختين لأب فأخذت الشقيقة النصف وأخذت الأختان للأب السدس تكملة الثلثين فباعه إحدى الأخوات للأب، فالشفعة بين الأخت الأخرى للأب وبين الشقيقة إذ هم أهل سهم، وإن باعت الشقيقة فاللواتي للأب أحق من العصبة، وإن باع العصبة فهن كلهن في الشفعة سواء. قال في المجموعة: وإن باع جميع الأخوات للأب فالشقيقة أحق من العصبة. ومن المدونة قال مالك: وإذا ورث الجدتان السدس فباعت إحداهما بالشفعة لصاحبتها دون

وَدَخَلَ عَلَى غَيْرِهِ: كَذِي سَهْمٍ عَلَى وَارِثٍ، وَوَارِثٌ عَلَى مُوصًى لَهُمْ، ثُمَّ الْوَارِثُ، ثُمَّ الأَجْنَبِيُّ،

بعدت غيبته قضى للشفيع بشفعته وقضى للبائع بقبض الثمن منه إن لم يكن قبضه، وإن كان البائع قبضه أخذه الإمام من الشفيع فأوقفه للمبتاع وكتب عليه العهدة، فإذا قدم أشهد بذلك على نفسه. محمد: وإن مات فالعهدة على ورثته يريد في تركته. قال ابن حبيب: وإذا حكم على المبتاع بشفعته فأبى من أخذ الثمن قال: يحكم بها ويكتب له العهدة على المبتاع ويأخذ الثمن فيوقف له من أمواله والشفيع منه بريء انتهى. ونقل ابن عرفة هذا الكلام والله أعلم.

ص: (كذي سهم على وارث) ش:

تنبيه: أما العصبة فكلهم سواء ولو كان بعضهم شقيقاً لبعض. قال في أول الشفعة: ومن هلك وترك ثلاث بنين اثنان منهم شقيقان والآخر لأب وترك بينهم داراً فباع أحد الشقيقين حصته قبل القسمة، فالشفعة بين الشقيق والأخ للأب سواء إذ بالبنوة ورثوا، ولا ينظر إلى الأقعد بالبائع ولو ولد ولد لأحدهم ثم مات فباع بعض ولده حصته فبقية ولده أشفع من أعمامهم لأنهم أهل مورث ثانٍ، فإذا سلموا فالشفعة لأعمامهم. وإن باع أحد الأعمام فالشفعة لبقية الأعمام مع بني أخيهم لدخولهم مدخل أبيهم. وإن ترك ابنتين وعصبة فباعت إحدى الابنتين فأختها أشفع من العصبة لأنهما أهل سهم، فإذا سلمت فالعصبة أحق ممن شركهم بملك، ولو باع أحد العصبة فالشفعة لبقية العصبة والبنات، وكذلك الأخوات مع البنات حكم العصبة لأن العصبة ليس لهم فرض مسمى انتهى. **ص: (وأخذ بأي بيع**

ورثة الميت لأنهما أهل سهم واحد **(ودخل على غيره كذي سهم على وارث)** انظر إن كان يعني بهذا أن ذا السهم يدخل على العصب، وكذلك أيضاً إذا باع ذو سهم ولا شريك له في ذلك السهم أو سلم شريكه، فإن العصبة وبقية ذوي السهام يدخلون في الشفعة. ونص المدونة قال مالك: إن ترك ابنتين وعصبة فباعت إحدى الابنتين فأختها أشفع من العصبة لأنهما أهل سهم، فإن سلمت فالعصبة أحق ممن شركهم بملك لأنهم أهل مورث. ولو باع أحد العصبة فالشفعة لبقية العصبة وللبنات لأن العصبة ليس لهم فرض مسمى. وفي كتاب محمد وغيره: لو ترك الميت زوجات وجدات وإخوة لأم وعصبة فباع إحدى الجدات أو بعض أهل السهام المفروضة نصيبه، فالشفعة لبقية أشراكه في ذلك السهم دون غيرهم. فإن سلم بقية أهل السهم كان بقية الورثة من أهل السهام والعصبة سواء في تحاصصهم في هذا الحق المبيع، لأنهم إنما ينتسبون إليه بالميت فلا فضل لأهل السهام على العصبة، فإن سلم جميع الورثة فالشركاء بعدهم **(ووارث على موصى لهم)** روى أشهب: من أوصى لقوم بثلث حائطه أو سهم معلوم فيبيع بعضهم، أن شركاءه أحق بالشفعة فيما باع من بقية الورثة. وقال ابن القاسم: للورثة الدخول معهم كالعصبة مع أهل السهام **(ثم الوارث)** انظر أنت ما معنى هذا **(ثم الأجنبي)** تقدّم ما في كتاب محمد وغيره إن سلم بقية أهل السهم كان بقية الورثة من أهل السهام والعصبة سواء فإن سلموا فالشركاء بعدهم **(وأخذ**

وَأَخَذَ بِأَيِّ بَيْعٍ، وَعُهْدَتُهُ عَلَيْهِ، وَنُقِضَ مَا بَعْدَهُ، وَلَهُ غَلَّتُهُ، وَفِي فَسْخِ عَقْدِ كِرَائِهِ: تَرَدُّدٌ، وَلاَ يَضْمَنُ نَقْصَهُ؛ فَإِنْ هَدَمَ وَبَنَى فَلَهُ قِيمَتُهُ قَائِماً، وَلِلشَّفِيعِ: النَّقْضُ

شاء) ش: هذا إذا كان غير عالم أو غائباً، وأما إن كان حاضراً عالماً فإنه يسقط شفعته من البائع الأوّل. قال اللخمي: فصل: فإذا باع المشتري نصيبه والشفيع حاضر عالم ولم يقم برد البيع سقطت شفعته في البيع الأول وكانت له الشفعة في البيع الثاني، وكذلك إن بيع بيعات وهو حاضر سقطت إلا من بيع آخر، وإن كان غير عالم كان بالخيار يأخذ بأيهما أحب انتهى. ص: (وعهدته عليه) ش: أي على من أخذ منه. قال في المدونة: وعهدة الشفيع على المبتاع خاصة وإليه يدفع الثمن كان بائعه قد قبض الثمن أم لا، ولو غاب المبتاع قبل أن ينقد الثمن ولم يقبض الدار. انظر الإمام في ذلك. والبائع له منع الشقص حتى يقبض الثمن فإن شاء الشفيع أن ينقده فذلك له ويقبض الشقص وعهدته على المبتاع لأنه أدى عنه. ص: (وفي فسخ عقد كرائه تردد) ش: حاصله أن له الأخذ بالشفعة من الآن.

بأي بيع) من المدونة قال مالك: من ابتاع شقصاً ثم باعه فتداولته الأملاك فللشفيع أخذه بأي صفة شاء وينقض ما بعدها، وإن شاء أخذه بالبيع الأخير وثبتت البيوع كلها (وعهدته عليه). أشهب: إن تبايعه ثلاثة فأخذها من الأول كتبت عهدته عليه ودفع من ثمن الشقص إلى الثالث ما اشتراه به لأنه يقول لا أدفع الشقص حتى أقبض ما دفعت ويدفع فضلاً إن كان للأول، وإن فضل للثالث شيء مما اشتراه به رجع به على الثاني، وليس للثالث حبسه حتى يدفع إليه بقية ثمنه ثم يرجع الثاني على الأول بتمام ما اشترى به الشقص منه. وإن أخذها من الثاني بعهدته عليه ويثبت بيع الأول ويدفع إلى الثالث من ثمن الشقص ما اشتراه به، لأنه يقول لا أدفع الشقص حتى أقبض ما دفعت ويدفع فضلاً إن كان للثاني، وإن فضل للثالث مما اشترى به الشقص شيء رجع به على تقدّم نص المدونة للشفيع أخذه بأي صفقة شاء وينقض ما بعدها (وله غلته) من المدونة قال مالك: من اشترى شقصاً من أرض فزرعها فللشفيع أخذها بالشفعة ولا كراء له والزرع للزارع، ومن ابتاع نخلاً لا ثمر فيها فاغتلها سنين فلا شيء للشفيع من الغلة (وفي فسخ عقد كرائه تردّد). ابن سهل: إن أكرى الشقص مشتريه ثم قام الشفيع فأخذه، هل له أن يفسخ ذلك الكراء؟ أفتى ابن مغيث وغيره بعدم الفسخ، وأفتى ابن عتاب وغيره بالفسخ (ولا يضمن نقضه) من المدونة مع غيرها: لا يضمن المبتاع للشفيع ما حدث عنده في الشقص من هدم أو حرق أو غرق أو ما غار من عين أو بئر ولا يحط للشفيع لذلك شيء إما أخذه وإما تركه (وإن هدم وبنى فله قيمته قائماً وللشفيع النقض) من المدونة: لو هدم المشتري ثم بنى قيل للشفيع خذ بجميع الثمن وقيمة ما عمر فيها. قال أشهب: يوم القيام وله قيمة النقض الأول منقوضاً يوم الشراء يحسب كم قيمة العرصة بلا بناء وكم قيمة النقض مهدوماً، ثم يقسم الثمن على ذلك، فإن وقع منه للنقض نصفه أو ثلثه فهو الذي يحسب للشفيع على المشتري ويحط عنه من الثمن ويقوم ما بقي مع قيمة البناء قائماً. ابن المواز: وهو قول

أَمَّا لِغَيْبَةِ شَفِيعِهِ فقَاسَمَ وَكِيلُهُ، أَوْ قَاضٍ عَنْهُ. أَوْ أَسْقَطَ لِكَذِبٍ فِي الثَّمَنِ، أَوْ آسْتُحِقَّ نِصْفُهَا، وَحَطَّ مَا حُطَّ لِعَيْبٍ، أَوْ لِهِبَةٍ، إِنْ حُطَّ عَادَةً أَوْ أَشْبَهَ الثَّمَنَ بَعْدَهُ. وَإِنْ آسْتُحِقَّ الثَّمَنُ، أَوْ رُدَّ بِعَيْبٍ بَعْدَهَا: رَجَعَ الْبَائِعُ بِقِيمَةِ شِقْصِهِ، وَلَوْ كَانَ الثَّمَنُ مِثْلِيًّا

واختلف الطليطليون والقرطبيون في فسخ الكراء وعلى القول بعدم الفسخ فالكراء للمشتري

مالك وأصحابه. قال مالك: فإن لم يفعل فلا شفعة له **(أما لغيبة شفيعه فقاسم وكيله أو قاض عنه أو ترك لكذب في الثمن أو استحق نصفها)** أما الغيبة والاستحقاق فقيل لابن المواز: كيف يمكن أن يحدث بناء في مشاع؟ قال: يكون قد اشترى الجميع فأنفق وبنى وغرس ثم استحق رجل نصف ذلك مشاعاً أو يكون شريك البائع غائباً فيرجع المشتري إلى السلطان يطلب القسم، والقسم على الغائب جائز، ثم لا يبطل ذلك شفعة الغائب. وأما الكذب في الثمن فقال ابن شاس: من الصور التي يتصور في بناء المشتري في الشقص قبل قيام الشفيع أن يكون المشتري كذب في الثمن فترك الشفيع الأخذ لكثرة الثمن ثم قاسمه. ابن عرفة: هذا باطل لأن كذب المشتري في دعوى الثمن يصيره متعدياً في بنائه فحكمه حكم بناء الغاصب **(أو حط ما حط لعيب)**. ابن شاس: لو وجد المشتري بالشقص عيباً بعد أخذه الشفيع لم يكن له طلب أرش، فإن رد الشفيع عليه ردهو حينئذ على البائع. ولو اطلع على عيب قبل أخذ الشفيع، إلا أنه حدث عنده عيب منه من الرد فأخذ أرشه، فذلك الأرش محطوط عن الشفيع قولاً واحداً **(أو هبة إن حط عادة أو أشبه الثمن عادة)** من المدونة: من اشترى شقصاً بألف درهم ثم وضع عنه البائع تسعمائة درهم بعد أخذ الشفيع أو قبل نظر، فإن أشبه أن يكون ثمن الشقص عند الناس مائة درهم إذا تغابنوا بينهم أو اشتروا بغير تغابن وضع ذلك عن الشفيع، لأن ما أظهرا من الثمن الأول إنما كان سبباً لقطع الشفعة، وإن لم يشبه أن يكون ثمنه مائة. ابن يونس: يريد مثل أن يكون ثمنه ثلاثمائة أو أربعمائة لم يحط الشفيع شيئاً وكانت الوضيعة هبة للمبتاع. ابن يونس: وقال في موضع آخر: إن حط عن المبتاع ما يشبه أن يحط في البيوع وضع ذلك عن الشفيع، وإن كان لا يحط مثله فهي هبة ولا يحط عن الشفيع شيئاً. ابن يونس: وهذا والأول سواء **(وإن استحق الثمن أو ردّ بعيب بعدها رجع البائع بقيمة شقصه)** من المدونة قال مالك: من ابتاع شقصاً من دار بعبد بعينه فمات بيده فمصيبته من بائع الشقص وللشفيع الأخذ بقيمة العبد وعهدته على المبتاع لأن الشفعة وجبت له بعد البيع. قال: فإن أخذ الشفيع بقيمة العبد ثم وجد بائع الشقص بالعبد عيباً فله ردّه ويأخذ من المبتاع قيمة الشقص وقد مضى الشقص للشفيع بشفعته بخلاف البيع الفاسد الذي تبطل به الشفعة، لأن البيع فسد لعينه والعيب لو رضيه البائع لتم. وإن استحق العبد قبل قيام الشفيع بطل البيع ولا شفعة في ذلك، وإن استحق بعد أخذ الشفيع فقد مضت الدار للشفيع ورجع بائع الشقص على مبتاعه بقيمة الشقص كاملاً، كان أكثر مما أخذ فيه من الشفيع أو أقل، ثم لا تراجع بينه وبين الشفيع إذ الشفعة كبيع ثانٍ **(ولو كان الثمن مثلياً)** من المدونة قال مالك: من ابتاع شقصاً بحنطة بعينها فاستحقت الحنطة قبل أخذ الشفيع فسخ البيع ولا شفعة في ذلك، وكذلك من ابتاع الحنطة

إِلاَّ النَّقْدَ؛ فَمِثْلُهُ، وَلَمْ يَنْتَقِضْ مَا بَيْنَ الشَّفِيعِ وَالْمُشْتَرِي. وَإِنْ وَقَعَ قَبْلَهَا بَطَلَتْ. وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ: فَالْقَوْلُ لِلْمُشْتَرِي بِيَمِينٍ فِيمَا يُشْبِهُ: كَكَبِيرٍ يَرْغَبُ فِي مُجَاوِرِهِ وَإِلاَّ فَلِلشَّفِيعِ

كما نقله في التوضيح ونقله أبو الحسن. ص: **(وإن اختلفا في الثمن فالقول للمشتري بيمين فيما يشبه)** ش: قال في المدونة: وإن اختلف الشفيع والمبتاع في الثمن صدق المبتاع لأنه مدعى عليه إلا أن يأتي بما لا يشبه مما لا يتغابن الناس عن مثله فلا يصدق إلا أن يكون مثل هؤلاء الملوك يرغب أحدهم في الدار اللصيقة بداره فيثمنه، فالقول قوله إذا أتى بما يشبه انتهى. وقول المصنف: «بيمين» ظاهره سواء حقق الشفيع عليه الدعوى أم لا وليس كذلك. قال في الشامل: بيمين إن حقق الشفيع لا إن اتهمه وإلا فبدون يمين على الأشهر. انتهى ونقله في التوضيح وأصله لابن رشد. ص: **(ككبير يرغب في مجاورته)** ش: هذا مثال لما أشبه فيه قول المشتري قال ابن غازي: «يرغب» مبنياً للفاعل ومجاورته بكسر الواو اسم فاعل وهو كقوله في المدونة إلا أن يكون مثل هؤلاء الملوك يرغب أحدهم في الدار الملاصقة به انتهى.

قلت: ما ذكره هو الظاهر، ويحتمل أن يقرأ «يرغب» بالبناء للمفعول ومجاورته بفتح الواو مصدر جاور يجاور. وقد جوّز أبو الحسن في كلام المدونة المتقدم أن يكون المراد به ما تقدم قال: وإنه أراد يرغب أحد المشتريين في الدار التي تلاصق الملك إذا كان عادلاً. قال في

بثمن فاستحقت بطل البيع ورجع بالثمن وليس على البائع أن يأتي بمثلها. قال في رواية الدباغ: وإن كان الاستحقاق بعد أخذ الشفيع مضى ذلك ورجع بائع الشقص على المبتاع بمثل الحنطة. قال ابن المواز: وهذا غلط، بل يرجع بائع الشقص على المبتاع بقيمة الشقص. وقاله سحنون **(إلا النقد بمثله)** من المدونة قال ابن القاسم: إن غصب دراهم فاشترى بها شقصاً كانت الشفعة فيه للشفيع لأنها إذا استحقت غرم مثلها ولم ينقض البيع **(ولم ينتقض ما بين الشفيع والمشتري)** تقدّم نص المدونة: إذا وجد البائع عيباً ردّه وأخذ قيمة الشقص للشفيع. وتقدّم نصها: مضت الدار للشفيع ولا تراجع بينه وبين المشتري **(وإن وقع قبلها بطلت)** تقدّم نصها: وإن استحق العبد قبل قيام الشفيع بطل البيع ولا شفعة في ذلك **(وإن اختلفا في الثمن فالقول للمشتري)** من المدونة قال ابن القاسم: وإذا اختلف الشفيع والمبتاع في الثمن صدق المبتاع لأنه مدعى عليه إلا أن يأتي بما لا يشبه مما لا يتغابن الناس بمثله فلا يصدق إلا أن يكون مثل هؤلاء الملوك يرغب أحدهم في الدار اللاصقة بداره فيثمنه، فالقول قوله إذا أتى بما يشبه. ابن يونس: لم يذكر هنا في اختلاف الشفيع والمبتاع يميناً. وقال ابن المواز: إن ادّعى الشفيع أنه حضر المبايعة فعلم أن الثمن أقل مما ادّعى المشتري حلف المشتري، وإن كان لا حقيقة عنده لم يلزم المشتري يمين. ابن يونس: وهذا صواب لأن إحلافه من غير تحقيق ضرب من التهم لا يلزم اليمين فيها إلا لمن تليق به. قال ابن القاسم: وهذا إذا أتى بما يشبه **(بيمين فيما يشبه)** انظره مع كلام ابن يونس المتقدّم **(وإلا فالشفيع)**. ابن رشد: إن ادعى

وَإِنْ لَمْ يشْبِهَا حَلَفَا ورُدَّ إِلى الْوَسَطِ، وَإِنْ نَكَلَ مُشْتَرٍ، فَفِي الأَخْذِ بِمَا آدَّعَى أَوْ أَدَّى: قَوْلاَنِ. وَإِنْ آبْتَاعَ أَرْضاً بِزَرْعِهَا الأَخضَرِ: فَاسْتُحِقَّ نِصْفُهَا فَقَطْ: وَآسْتَشْفَعَ: بَطَلَ الْبَيْعُ فِي نِصْفِ الزَّرْعِ لِبَقَائِهِ بِلاَ أَرْضٍ:

الوثائق المجموعة: وكذلك الشريكان والجار اللصيق انتهى. وقال أبو الحسن: وقوله في المدونة «إذا أتى بما يشبه» يريد ما يمكن أن يزيده فيها انتهى. ص: **(فإن لم يشبها حلفا ورد إلى الوسط)** ش: قال أبو الحسن: قال ابن يونس: اختلفا إذا أتيا بما لا يشبه فأعدل الأقوال أن يحلفا جميعاً ويأخذ الشفيع بالقيمة، وإن نكل أحدهما وحلف الآخر كان القول قول الحالف. ابن رشد: وإن أتى بما لا يشبه لأن صاحبه قد أمكنه بنكوله من دعواه. الشيخ وغيره: أعدل الأقاويل أن تسقط الشفعة كنسيان الثمن انتهى.

فرع: وإن أقاما بينة وتكافأت في العدالة كانا كمن لا بينة لهما ويصدق المبتاع لأن الدار في يديه. قال أبو الحسن: قال هنا: لأن الدار في يديه، وقال فيما تقدم لأنه مدعى عليه ومعناهما واحد لأنه يريد أخذها من يديه بأقل مما ادّعاه انتهى. ص: **(وإن ابتاع أرضاً بزرعها الأخضر فاستحق نصفها فقط واستشفع بطل البيع في نصف الزرع لبقائه بلا أرض)** ش:.

تتمة: هذه المسألة قوله ورد البائع نصف الثمن وله نصف الزرع، وخير الشفيع أولاً بين أن يشفع أو لا فيخير المبتاع في رد ما بقي ويشير إلى قوله في المدونة: ومن ابتاع أرضاً بزرعها الأخضر فاستحق رجل نصف الزرع الأخضر خاصة واستشفع، فالبيع في النصف المستحق باطل ويبطل في نصف الزرع لانفراده بلا أرض، ويرد البائع نصف الثمن ويصير له نصف الزرع، وللمستحق نصف الأرض، ثم يبدأ الشفيع بالخيار في نصف الأرض الباقي. فإن أحب أخذه بالشفعة ولم يكن له في نصف الزرع شفعة، وإن لم يستشفع خير المبتاع بين رد ما بقي في يديه من الصفقة وأخذ جميع الثمن لأنه استحق من صفقته ما له بال، وعليه فيه الضرر، وبين أن يتماسك بنصف الأرض ونصف الزرع ويرجع بنصف الثمن انتهى. قوله في المدونة:

المشتري ما لا يشبه وأتى الشفيع بما يشبه ففي المدونة أن القول قول الشفيع **(وإن لم يشبها حلف ورد إلى الوسط)** اللخمي: إن أتيا معاً بما لا يشبه حلفا ورد إلى الوسط فيأخذ به أو يدع. وعبارة ابن يونس وابن رشد: حلف ويأخذ الشفيع بالقيمة **(وإن نكل مشتر ففي الأخذ بما ادّعى أو أتى قولان)** الذي لابن رشد: إن أتيا بما لا يشبه وحلف أحدهما فقط كان القول قول الحالف، وإن لم يشبه قوله لأن صاحبه أمكنه من دعواه بنكوله فاستظهر أنت على هذين القولين **(وإن ابتاع أرضاً بزرعها الأخضر فاستحق نصفها فقط واستشفع بطل البيع في نصف الزرع لبقائه بلا أرض)** من المدونة قال مالك: من ابتاع أرضاً بزرعها الأخضر فاستحق رجل نصف الأرض خاصة واستشفع فالبيع في النصف المستحق باطل ويبطل في نصف الزرع لانفراده بلا أرض، ويرد البائع نصف

كَمُشْتَرِي قِطْعَةٍ مِنْ جِنَانٍ بِإِزَاءِ جِنَانِهِ لِيَتَوَصَّلَ لَهُ مِنْ جِنَانِ مُشْتَرِيهِ، ثُمَّ ٱسْتُحِقَّ جِنَانُ الْمُشْتَرِي، وَرَدَّ الْبَائِعُ نِصْفَ الثَّمَنِ وَلَهُ نِصْفُ الزَّرْعِ، وَخُيِّرَ الشَّفِيعُ أَوَّلاً بَيْنَ أَنْ يَشْفَعَ أَوْ لاَ فَيُخَيَّرُ الْمُبْتَاعُ فِي رَدِّ مَا بَقِي.

«واستشفع فالبيع في النصف المستحق باطل» وهو نحو قول المصنف: «واستشفع» وهو يوهم أن الاستشفاع شرط في بطلان البيع في نصف الأرض لأنه علل بطلان البيع فيه لبقائه بلا أرض. ويفهم من قوله: «ورد البائع نصف الثمن» لأنه يقتضي أنه يرد نصف جميع ثمن الأرض والزرع وذلك مقتضٍ لبطلان البيع فيهما. وقوله: «وله نصف الزرع» أي للبائع نصف الزرع الذي في النصف المستحق. ونقل الشارح في الكبير عن النوادر أن البائع الكراء في النصف المستحق من الأرض.

قلت: وينبغي أن يجري على ما تقدم في فصل الاستحقاق وقول المصنف: «وخير الشفيع أولاً بين أن يشفع أم لا» لم يبين ما يترتب على أخذه بالشفعة وقد بين ذلك في المدونة وقال: إنه إن أخذ النصف الباقي من الأرض بالشفعة لم يكن له في نصف الزرع شفعة وذلك

الثمن ويصير له نصف الزرع وللمستحق نصف الأرض، ثم بدىء الشفيع بالخيار في نصف الأرض الباقي، فإن أحب أخذه بالشفعة ولم يكن له في نصف الزرع شفعة فذلك له، فإذا أخذ رجع الزرع كله إلى بائعه. ابن المواز: ويأخذ نصف الأرض بما قابله من الثمن بقيمتها من قيمة نصف الزرع على غرره يوم الصفقة، فإن أخذ نصف الأرض بالشفعة كما وصفنا رجع الزرع كله للبائع الذي زرعه لأنه صغير لا يحل بيعه بلا أرض ويرد البائع الثمن كله للمشتري إلا ما أخذ المشتري من الشفيع في نصف الأرض، وعلى البائع للمستحق كراء نصف الأرض المستحق دون ما أخذ بالشفعة إذا استحق في إبان الزراعة. ابن يونس: وأنكر بعض القرويين قوله: «ورجع الزرع كله للبائع» وقال للمشتري أن يتمسك بنصف الزرع الذي قابل النصف المأخوذ بالشفعة لأنه لم ينتقض فيه البيع، لأن الأخذ بالشفعة كبيع مبتدأ. ابن يونس: وهذا أصوب **(كمشتري قطعة من جنان بإزاء جنانه ليتوصل له من جنان مشتريه ثم استحق جنان المشتري)** قال ابن العطار: سألني ابن أبي زيد عن رجل ابتاع قطيعاً من جنة رجل على أن يصرفه إلى داره ولا يكون له مدخل على جنان البائع ثم استحقت جنان المبتاع فجاوبته فيها أنه ينتقض البيع. قال ابن أبي زيد: ونزلت هذه المسألة عندنا بالقيروان فأفتيت فيها بهذا. وقال الأبياني: البيع نافذ وهي مصيبة نزلت بالمبتاع **(وردّ البائع نصف الثمن وله نصف الزرع ويخير الشفيع أولاً بين أن يشفع)** تقدّم نص المدونة: ويرد البائع نصف الثمن ويصير له نصف الزرع ثم بدىء الشفيع بالخيار في نصف الأرض، فإن أحب أخذها بالشفعة فذلك له **(أو لا فيخير المبتاع في رد ما بقي)** من المدونة قال ابن القاسم: وإن لم يستشفع خير المبتاع بين أن يرد ما بقي في يديه من الصفقة وأخذ جميع الثمن لأنه قد استحق من صفقته ماله بال، وعليه قيمة الضرر بين أن يتمالك بنصف الأرض ونصف الزرع ويرجع بنصف الثمن انتهى.

....

على المشهور من أن الزرع لا شفعة فيه لكنه لم يبين في المدونة لمن يكون هذا النصف من الزرع، وذكر في النكت والتنبيهات فيه قولين: أحدهما: أنه للبائع مع النصف الأول فيصير جميع الزرع له، والثاني: أنه للمشتري وصوبوا هذا القول الثاني وجعلوا الأول خطأً لأن الشفعة بيع والأخذ إنما هو من الشفيع، وعليه العهدة، وفي التنبيهات أنه إذا أخذ بالشفعة فض الثمن على نصف الأرض ونصف الزرع فانظره ولا كراء على الشفيع في نصف هذا الزرع لأنه بمنزلة من اشترى أرضاً فزرعها ثم أخذها الشفيع فلا أجرة له. انظر التوضيح. وأما إن لم يأخذ الشفيع بالشفعة فقد بين ما يترتب على ذلك في المدونة. ويفهم من كلام المصنف. وأما قول المصنف: «كمشتري قطعه من جنان» إلى قوله: «ثم استحق جنان البائع» فهي مسألة أخرى شبهها بمسألة بطلان البيع في نصف الزرع لبطلان البيع فيها لكون المشتري لا طريق له إلى الانتفاع بما اشتراه، لكن البطلان في مسألة الزرع إنما هو لأن الزرع الأخضر لا يجوز بيعه إلا تبعاً للأرض، ولا يجوز بيعه بانفراده، لأنه لم يبد صلاحه وصلاحه يبسه. وليس المعنى أنه ليس لك أرض يبقى فيها وأنه يحكم بقلعه. ألا ترى أنه للبائع بخلاف مسألة الجنان فإن موجب الفساد أنه لم يبق للمشتري طريق إلى الانتفاع بما اشتراه، فالتشبيه بينهما إنما هو في فقد شرط من شروط صحة البيع، ففي مسألة الزرع من شروط صحة بيعه كونه منتفعاً به وقد صار غير منتفع به فتأمله والله أعلم.

مسألة: قال اللخمي في تبصرته في آخر كتاب الشفعة: إذا باع أحد الشريكين لنفسه طائفة بعينها كان شريكه بالخيار بين خمسة أوجه: بين أن يمضيها الشريكة وللمشتري ويبقى له ما لم يبع، أو يكون ما لم يبع شركة بينهما وما بيع بينهما والثمن بينهما، أو يرد البيع في نصيبه من المبيع ولا يستشفع، أو يستشفع أو يدعو إلى المقاسمة، فإن صارت الطائفة المبيعة للبائع مضى البيع، وإن صارت للآخر كان بالخيار في إجازة البيع ورده، وإن صار بعضها عند من لم يبع فإن أجاز البيع فيه مضى البيع، وإن رد البيع في نصيبه كان للمشتري أن يرد البيع فيما بقي في يده إلا أن يكون الذي رده للشريك أيسر الطائفة المبيعة فلا يكون له رد الباقي. واختلف إذا قال البائع: ليس لك أن تبقى ما لم يبع شركة بيني وبينك وتشاركني فيما بعته ولكن نتقاسم فيصير ذلك لي أو لك؛ فقيل: لا مقال له في ذلك والمبدأ الشريك الذي لم يبع.

وانظر مما له تعلق بهذا الباب، الأمة المتزوجة لحر له منها أولاد فأراد السيد بيع الأم وأولادها قال ابن القاسم: زوجها أحق بما أعطى فيهم من غيره. وانظر في ابن عرفة في هذا الباب من باع عقاراً له فيه شريك بحضرته ولم ينكر أن له ثمن حظه ولا شفعة له، وإن تكلم بعد سنين لا ثمن له، وإن من باع نصف شيء هو بينه وبين آخر ومع البيع على حظه وحظ شريك. وانظر أيضاً ما بيع بعين فلدفع عنه عرض وعكسه هل يشفع بما دفع أو بما عقد كأن دفع ذهباً عن ورق. ابن شاس.

بَاب في القسمة

الْقِسْمَةُ: تَهَايُؤٌ فِي زَمَنٍ: كَخِدْمَةِ عَبْدٍ شَهْراً، وَسُكْنَى دَارٍ

وقيل: له ذلك وهو أحسن، لأن كون ما لم يبع شركة ضرر عليه وإنما رضي أن يكون ذلك على وجه المقاسمة، فإذا رضي مضى ذلك على وجه المقاسمة أو يرده ويرجعان إلى المقاسمة انتهى. والمسألة في آخر كتاب الشفعة من المدونة، وانظرها في أول رسم أول عبد ابتاعه فهو حر من سماع يحيى من كتاب الشفعة، وانظر ابن سلمون في أواخر الشفعة وفيه مسألة من له حصة فباع جزءاً دون حصته. وسئلت عن هذه المسألة فأجبت بما ذكره اللخمي. وفي السؤال: وحكم في البيع المذكور حاكم بثبوت المبيع أو بموجبه، فهل الحكم بذلك مقتض للحكم بالقسمة إذا ادّعاها البائع أو المشتري؟ فأجبت بأن حكم الحاكم بثبوت البيع أو بموجبه لا يقتضي الحكم بالقسمة والله أعلم.

باب القسمة

قال ابن عرفة: تصيير مشاع من مملوك مالكين معيناً ولو باختصاص تصرف فيه بقرعة أو قراض. فيدخل قسم ما على مدين ولو كان غائباً، نقله الشيخ عن ابن حبيب: ورواه ابن سهل في طعام سلم. ويخرج تعيين معتق أحد عبديه أحدهما، وتعيين مشتر أحد ثوبين أحدهما، وتعيين مطلق عدد موصى به من أكثر منه بموت الزائد عليه قبل تعينه بالقسمة. انتهى. ص: **(تهايؤ)** ش: قال الرجراجي: وقسمة المهايأة تقال بالنون لأن كل واحد منهما هنى صاحبه بما أراده، ويقال بالباء أيضاً لأن كل واحد منهما وهب لصاحبه الاستمتاع بحقه في ذلك الشيء مدة معلومة، ويقال بالياء تحتية ثنتان لأن كل واحد منهما هيأ لصاحبه ما طلب منه انتهى. ابن عرفة: وهي أي المهايأة اختصاص شريك بمشترك فيه عن شريكه فيها زمناً معيناً من متحد أو متعدد، ويجوز في نفس منفعته لا في غلته. ص: **(في زمن كخدمة عبد شهراً أو سكنى دار**

كتاب القسمة

وفيه ثلاثة فصول: الأول في القسام. الثاني في كيفية القسمة. الثالث في إجبار من أبى القسمة وتميز ما يجمع في القسم **(القسمة تهايؤ في زمن)**. ابن عرفة: قسمة المهاناة بالنون والياء هي اختصاص كل شريك بمشترك فيه عن شريكه زماناً معيناً من متحد أو متعدد يجوز في نفس منفعته لا في غلته. وقال ابن شاس: ثلاثة أوجه: قسمة بيع وقسمة قيمة وتعديل وقسمة مهايأة وهذه ضربان: مهايأة في الأعيان ومهايأة في الأزمان **(كخدمة عبد)**. ابن رشد: وقسمة المنافع لا تجوز بالصفقة على مذهب ابن القاسم، ولا يجبر عليها من أباها ولا تكون إلا على المراضاة. والمهايأة وهي على وجهين: بالأزمان مثل أن يتفقا أن يستغل أحدهما العبد، أو الدابة أو يستخدمها، أو يسكن الدار، أو يحرث

سِنِينَ: كَالإِجَارَةِ؛ لاَ فِي غَلَّةٍ، وَلَوْ يَوْماً،

سنين كالإجارة) ش: نبه بهذا على أن قسمة التهايؤ في زمن معين تكون كالإجارة لازمة. وشمل كلامه ما إذا كان المقسوم متحداً أو يأخذه كل واحد مدة معينة ولا يشترط تساوي المدة فيهما. ومفهوم قوله: «في زمن كالإجارة» أنها لو كانت من غير تعيين زمن لم تكن كالإجارة وهو يشير إلى قول ابن الحاجب: فالأولى يعني المهايأة إجارة لازمة يأخذها كل واحد منهما أو أحدهما مدة معينة وغير لازمة كدارين يأخذ كل واحد سكنى دار انتهى. قال في التوضيح: وهذا القسم أي المهايأة على قسمين: مقاسمة زمان ومقاسمة أعيان. أشار المصنف إليهما بقوله: «فالأولى» إلى قوله: «مدة معينة». وقوله: «أو أحدهما» راجع إلى الدارين، وقوله: «مدة معلومة» يحتمل الصورتين ويحتمل عوده إلى الثانية ويضمر بعد الأولى مثله، والدار الواحدة إنما يتصور فيها قسمة زمان بخلاف الدارين فإنها مقاسمة أعيان. وقوله: «وغير لازمة كدارين يأخذ كل واحد منهما سكنى دار» من غير تعيين مدة انتهى. وقال ابن عبد السلام: وقوله: «غير لازمة» هذا نوع من أنواع الإجارة على الخيار ولا يشترط فيها ضرب الأجل لأن كل واحد منهما له أن ينحل متى شاء، ولا يمكن تصويرها بالمثال الأول من مثالي الملازمة إلا أن يأخذ أحدهما بيتاً من الدار مثلاً ويأخذ الآخر كذلك انتهى. ص:

الأرض مدّة من الزمان والآخر مثلها أو أقل أو أكثر، وهذا يفترق فيه الاستغلال والاستخدام. الوجه الآخر أن يكون التهايؤ في الأعيان بأن يستخدم هذا عبداً وهذا عبداً أو يزرع هذا أرضاً وهذا أرضاً أو يسكن هذا داراً وهذا داراً **(شهراً وسكنى دار سنين)**. ابن رشد: أما التهايؤ في الاستخدام فروى ابن القاسم: يجوز في الشهر، قال ابن القاسم: وأكثر من الشهر قليلاً. وأما التهايؤ في الدور والأرضين فيجوز فيها السنين المعلومة والأجل البعيد ككراء لهما. قاله ابن القاسم. ووجه ذلك أنها مأمونة إلا أن التهايؤ إذا كان في أرض الزراعة فلا يجوز إلا أن تكون مأمونة مما يجوز فيها النقد **(كالإجارة)** انظر إن كان عنى بهذا أن التهايؤ في الأرض يكون ككرائها وقد قال ابن رشد: إن التهايؤ فيها لا يكون إلا فيما يجوز النقد في كرائه فانظر أنت ما أراد بقوله: «كالإجارة»، وانظر أيضاً قولهم: «إنه يجوز التهايؤ في الاستخدام شهراً» وقالوا: إن استأجر عبد معين يعمل له بعد شهر لا يجوز النقد فيه. وقال ابن المواز: يجوز أن يقول خذ حماري اعمل عليه خمسة أيام وتعمل لي عليه خمسة أيام. قال ابن رشد: فلو قال اعمل عليه شهراً لنفسك وشهراً لي لوجب أن لا يجوز إن بدا بالشهر الذي لصاحب الدابة لأنه بمنزلة من نقد كراء دابة يركبها إلى شهر، فإن بدا بالشهر الذي لنفسه جاز. انظر سماع أبي زيد في الأكرية **(لا في غلة ولو يوماً)**. ابن المواز: لو كانت الدابة بينكما لم يجز أن تقول له ما كسبت اليوم فلي وما كسبت غداً فلك وكذلك العبد بينكما. قال مالك: وإن قال استخدمه أنت اليوم وأنا غداً فهو جائز، وكذلك شهراً وأنا شهراً. قال محمد: لا يجوز في الكسب ولا يوم واحد، وقد سهله مالك في اليوم وكرهه في أكثر منه انتهى. انظر الشريكين في الرحا بملك أو كراء عادتهم أن يخدم

وَمُرَاضَاةٌ فَكَالْبَيْعِ، وَقُرْعَةٌ،

(ومراضاة فكالبيع) ش: هذا هو القسم الثاني من أقسام القسمة وهي قسمة المراضاة، وبعضهم يسميها قسمة بيع. قال ابن عرفة: وهي أخذ بعضهم بعض ما بينهم على أخذ كل واحد منه ما يعدله بتراض ملكاً للجميع انتهى. وهو على قسمين بعد تقويم وتعديل. قال في معين الحكام وغيره واللفظ للمعين: فهذه لا يقضى بها على من أباها ويجمع فيها بين حظين في القسم وبين الأجناس والأصناف والمكيل والموزون خشي ما يدخر من الطعام مما لا يجوز فيه التفاضل ويقام فيها بالغبن إذا ظهر، والأظهر أنها بيع من البيوع. وقسمة المراضاة بلا تعديل ولا تقويم حكمها حكم التي بعد التعديل والتقويم إلا في القيام بالغبن وهي بيع من البيوع بلا خلاف انتهى. وفي التوضيح نحوه وقاله في التنبيهات. ص: **(وقرعة) ش:** قال ابن عرفة: وهي فعل ما يعين حظ كل شريك مما بينهم مما يمتنع علمه حين فعله من القسمة. ثم قال ابن عرفة: والصواب أن بيع القرعة بيع لا تميز انتهى.

تنبيه: قال في اللباب: المقسوم لهم الشركاء المالكون فلا يقسم لغير المالك كالمحبس عليهم قسمة قرعة ولا مراضاة، ولا يمنع أن يقسم بينهم قسمة مهايأة في الأزمان في الدور والأرضين دون الشجر انتهى. وفي مسائل القسمة من البرزلي مسألة في المجموعة: اختلف في قسمة الحبس قسمة اغتلال؛ فكرهه قوم وأجازه آخرون، ويحتمل أن يريد الأرض لا الشجر لنصهم على منع قسمة الشجر.

قلت: هذه قسمة المهايأة وذكر كلام ابن عرفة المتقدم في حد قسمة المهانأة والخلاف في قدرها، ثم قال في المجموعة: اختلف في قسمة الحبس على التعديل والاتساع فكرهه قوم وأجازه آخرون، فهذا يحتمل أن يريد الأرض والشجر وغيرهما انتهى. ولما ذكر ابن عرفة قسمة المهايأة قال: قال ابن رشد: منها قسمة الحبس للاغتلال في جبر المحبس عليهم ما لم يزد عددهم بولادة أو نقص بموت ومنعه، ثالثها تجوز برضاهم لبعضهم محتجاً بقولهم فيمهن حبس في مرضه على ولده وولد ولده يقسم الحبس على عددهم وغير ذلك من الظواهر الموجودة في مسائلهم، وبعضهم محتجاً بقول مالك فيها لا يقسم الحبس وغيرهم.

هذا يوماً وهذا يوماً ويستبدل كل واحد بما استغل في يومه **(ومراضاة فكالبيع)**. ابن رشد: قسمة الرقاب على ثلاثة أوجه: قسمة مراضاة بغير تعديل ولا تقويم لا خلاف أنها بيع من البيوع، وقسمة مراضاة بعد تعديل وتقويم الأظهر أنها بيع من البيوع، وقسمة قرعة الأظهر أنها تمييز حق. أما الوجهان الأولان فيصحان في الجنس الواحد وفي الأجناس المختلفة المتباينة وفي المكيل والموزون إلا فيما كان منه صنفاً واحداً مدخراً لا يجوز فيه التفاضل، لا فرق بين الوجهين إلا في القيام بالغبن. ابن سهل: قسمة المراضاة والمهايأة دون تقويم لا يقام فيها بالغبن، وأما إذا قيل في القسمة كتاب قسمة ومراضاة قسمة ومهايأة واتفاق بعد تقويم وتعديل فلمن وجد غبناً أن يقوم به لأن الغبن وقع في التقويم **(وقرعة**

وَهِيَ تَمْيِيزُ حَقٍّ، وَكَفَى قَاسِمٌ؛ لاَ مُقَوِّمٌ،

قلت: عن ابن سهل الأول لعبيد الله بن يحيى ولمحمد بن لبابة وابن وليد وأيوب بن سليمان وابن أيمن، والثاني لابن الأعين قال: ويفسخ إن نزل. وعزا أحد القولين من المدونة لابن عات فقال عن محمد بن يحيى بن لبابة: حملها على الخلاف غلط إنما حمل القسم على ثمن المنفعة ومنعه على الربع المحبس نفسه انتهى. وسئلت عن مال موقوف على وصي وأيتام فاقتضى رأي الوصي ورأي جماعة من المسلمين قسم المال الموقوف، فهل يقسم أم لا؟ فأجبت: إن كان المراد بالقسمة الاستبداد والاختصاص بحيث يصير كل واحد يفعل فيما بيده ما شاء فهذا لا يجوز، وإن أريد قسمته قسمة مهايأة بمعنى أن كل واحد من المحبس عليهم يسكن ناحية منه أو يستغله مدة وكلما تغير عدد الموقوف عليهم بزيادة أو نقص تغيرت القسمة، فاختلف في ذلك على ثلاثة أقوال: فقيل: إن ذلك لا يجوز، وقيل: يجوز إذا رضي الموقوف عليهم أجمعون، وقيل: يجبرون على ذلك، والقول الثاني هو الظاهر والله أعلم. ص: **(وكفى قاسم لا مقوم)** ش: قال القرافي في الفرق الأول من قواعده في الصور المركبة من الشهادة والرواية: رابعها المقوم للسلع وأرش الجنايات والمساقاة والغصوبات وغيرها. قال مالك: يكفي الواحد بالتقويم إلا أن يتعلق بالقيم حد كالسرقة فلا بد من اثنين، ورُوي لا بد من اثنين في كل موضع. ومنشأ الخلاف حصول ثلاثة أشياء شبه الشهادة لأنه إلزام لمعين وهو ظاهر، وشبه الرواية لأن المقوم متصد لما لا يتناهى كالمترجم والقائف وهو ضعيف لأن الشهادة كذلك، وشبه الحاكم لأن حكمه ينفذ في القيمة والحاكم ينفذه وهو أظهر من شبه الرواية، فإن تعلق بأخباره حد تعين مراعاة الشهادة لوجهين: أحدهما قوة ما يفضي إليه هذا الإخبار وينبني عليه من إباحة عضو آدمي معصوم. وثانيهما أن الخلاف في كونه رواية أو شهادة شبهة يدرأ بها الحد ثم قال: وخامسها القاسم. قال مالك: يكفي واحد والأحسن اثنان. وقال أبو إسحاق: لا بد من اثنين، وللشافعية في ذلك قولان. ومنشأ الخلاف شبه الحكم والرواية أو الشهادة والأظهر شبه الحكم لأن الحاكم استنابه في ذلك وهو المشهور عندنا وعند الشافعية أيضاً انتهى. وفي الكتاب الرابع

(وهي تمييز حق). ابن رشد: وأما القسمة بالقرعة فهي التي يوجبها الحكم ويجبر عليها من آباها جعلت تطييباً لأنفس المتقاسمين، ولا تصح إلا فيما تماثل أو تجانس من الأصول والحيوان والعروض لا فيما اختلف وتباين من ذلك، ولا في شيء من المكيل والموزون ولا يجمع فيها حظ اثنين في القسم.

(وكفى قاسم لا مقوّم) انظر هذا وللقرافي ما نصه: لخبر ثلاثة: رواية محضة، وشهادة محضة. ومركب منهما، ولهذا الأخير صور رابعها المقوم للسلع في أرش الجنايات والسرقات والغصوب. قال مالك: يكفي الواحد في المقوم إلا أن يتعلق بالقيمة حكم السرقة فلا بد من اثنين، ورُوي لا بد من اثنين في كل موضع انتهى. ولم يعز هذا القول لأحد ثم قال: وخامسها القاسم قال مالك: يكفي الواحد والأحسن اثنان. وقال أبو إسحاق التونسي: لا بد من اثنين انتهى. ابن حبيب: لا يأمر القاضي

وَأَجْرُهُ بِالْعَدَدِ وَكُرِهَ، وَقُسِمَ الْعَقَارُ، وَغَيْرُهُ بِالْقِيمَةِ،

عشر من القسم الثاني من تبصرة ابن فرحون: قال ابن القصار: ويقبل قول التاجر في قيم المتلفات إلا أن يتعلق بالقيمة حد فلا بد من اثنين. ورُوي عن مالك أنه لا بد من اثنين عند مثل القيمة التي يتعلق بها حد كتقويم العرض المسروق، وهل بلغت قيمته إلى النصاب أم لا؟ فهنا لا بد من اثنين انتهى. ثم قال: قال ابن القصار: يجوز تقليد القاسم على ما رواه ابن نافع عن مالك كما يقلد المقوم لأرش الجنايات لمعرفته بذلك. وقال الأبهري: يجب أن يكون اثنين ثم رجع عن ذلك انتهى. فلعل المصنف ترجح عنده الرواية الثانية في المقوم، والفرق بين القاسم والمقوم أن القاسم نائب عن الحاكم انتهى. فاكتفي فيه بالواحد والمقوم كالشاهد على القيمة فيترجح فيه جانب الشهادة.

بالقسم إلا المأمون المرضي وإن كان اثنين فهو أفضل وإن لم يجد إلا واحداً كفى **(وأجرة بالعدد)** من المدونة: ولا بأس أن يستأجر أهل مورث أو مغنم قاسماً برضاهم وأجر القاسم على جميعهم ممن طلب القسم أو أباه، وكذلك أجر كاتب الوثيقة. ابن حبيب: ويكون الأجر في ذلك على عددهم لا على أنصبائهم. الباجي: ووجهه أن اختلاف المقادير لا يوجب زيادة في فعل القاسم، بل ربما أثر قليل الأنصباء زيادة في العمل، وذلك أنه لو كان لثلاثة أشراك أرض لأحدهم نصفها وللآخر ثلاثة أثمانها وللثالث ثمنها لأثر الثمن لصغره زيادة في العمل ولاحتاج بسببه أن يقسم الأرض كلها أثماناً. ولو انقسمت على النصف بأن يكون لاثنين لكل واحد منهما نصفها لكان العمل والقسمة فيها أقل، فإن كان قليل الجزء يؤثر من العمل ما لا يؤثر كثيره بطل، أن يجب على صاحب الجزء الكبير، ولم يؤثر إلا عمل يسير أكثر مما يجب على صاحب الجزء اليسير وقد أثر عملاً كثيراً فوجب إطراح ذلك والاعتبار بعدد الرؤوس ونظير أجرة القاسم أنها على عدد الرؤوس أجرة كاتب الوثيقة، وكذلك الدية وكنس المراحيض المشتركة والزبول والبئر والسواقي بخلاف التقويم في العبيد فإنها تكون في الأموال، وكذلك الفطرة والشفعة ونفقة العامل في قراض مالين وما طرح خوف الغرق والصيد يقسم على رؤوس الصيادين لا على رؤوس الكلاب، والمشهور في تعدد الساعي **(وكره)** من المدونة: كره مالك لقاسم القاضي أن يأخذ على القسم أجراً. قال ابن القاسم: وكذلك قسام المغانم عندي ولو كانت أرزاق القسام من بيت المال جاز. ابن رشد: وكذا إن استأجر القوم قاسماً لا كراهة فيه، ومن هذا المعنى جعل الشرط. قال مالك: إنما رزق الشرط على السلطان. ابن رشد: هذا كما قال، فإن لم يفعل كان على الطالب في إحضار خصمه إلا أن يلد المطلوب ويختفي فيكون الجعل في إحضاره عليه **(وقسم العقار وغيره بالقيمة)**. ابن رشد: يجوز أن تقسم الرباع والأصول بالسهمة إذا عدلت بالقيمة. اللخمي: وإن اختلفت قيمة الدارين فكان بينهما يسيراً مثل أن تكون قيمة أحدهما مائة والأخرى تسعين فلا بأس أن يقترعا على أن من صارت إليه التي قيمتها مائة أعطى صاحبه خمسة دنانير لأن هذا مما لا بد منه، ولا يتفق في الغالب أن تكون قيمة الدارين سواء، انظر ابن عرفة فله هنا كلام.

وَأُفْرِدَ كُلُّ نَوْعٍ، وَجُمِعَ دُورٌ وَأَقْرِحَةٌ

تنبيهات: الأول: الذي يظهر أن مراد المصنف بالمقوم المقوم للسلع المتلفات ولأروش الجنايات ونحوهما كما تقدم في كلام القرافي، وليس المراد به المقوم للسلعة المقسومة فإن الذي يظهر من كلامهم أن القاسم هو الذي يقوم المقسوم ويعدله.

الثاني: قال القرافي في الذخيرة: قال في النوادر: قال ابن حبيب: لا يأمر الحاكم بالقسم إلا من هو عنده مأمون بصير. وقال الشافعية: يشترط في منصوب الإمام الحرية والعدالة والتكليف والذكورة لأنه حاكم وعلمه بالمساحة والحساب والتقويم، ولا يشترط في منصوب الشركاء العدالة والحرية لأنه وكيل، ولم أر لأصحابنا ما يخالف هذا. انتهى والله أعلم.

الثالث: فهم من قول المصنف: «كفى قاسم» أن الأولى خلاف ذلك وهو كذلك، قال ابن الحاجب: الاثنان أولى من الواحد، وقال ابن عرفة: الشيخ عن ابن حبيب: لا يأمر القاضي بالقسم إلا المأمون المرضي وإن كانا اثنين فهو أفضل وإن لم يجد إلا واحداً كفى انتهى. ص: (**وأفرد كل نوع**) ش: يعني أنه لا يجوز جمع جنسين ولا نوعين متباعدين في قسمة القرعة. قال في المدونة: ولا تقسم أصناف مختلفة بالسهم مثل أن يجعلوا الدور حظاً والرقيق حظاً ويستهمون وإن اتفق قيم ذلك لأنه خطر، وإنما تقسم هذه الأشياء كل نوع على حدة، البقر على حدة، والغنم على حدة، والعروض على حدة، إلا أن يتراضوا على شيء بغير سهم. وكذلك لا يجوز أن يجعلوا دنانير ناحية وما قيمته ما ماثلها ناحية من ربع أو عرض أو حيوان أو يقترعوا وأما بالتراضي بغير قرعة فجائز وإما داران في موضع وإن تفاضلتا في البناء كواحدة جديدة وأخرى رثة، أو دار بعضها رث وباقيها جديد فذلك يجمع في القسم لأنه نوع واحد منه جديد ودون بالقيم كقسم الرقيق على تفاوتها. وكل صنف لا بد فيه من ذلك، فإن كان كل صنف من ذلك لا يحمل القسمة بيع عليهم الجميع إلا أن يتراضوا على شيء بغير سهم فيجوز. انتهى. ص: (**وجمع دور وأقرحة**) ش: كذا في بعض النسخ بالواو، وفي بعضها بـ«أو»، وعلى النسخة الأولى فالواو بمعنى «أو» والمراد أن الدور تجمع على حدة والأقرحة على حدة ولا يريد أن الدور تجمع مع الأقرحة. قال ابن الحاجب: وتجمع الدور المتقاربة المكان

(**وأفرد كل نوع**). ابن رشد: لا يجمع في القسمة بالسهمة الدور مع الحوائط ولا مع الأرضين ولا الحوائط مع الأرضين، وإنما يقسم كل شيء من ذلك على حدته (**وجمع دور**) من المدونة قال مالك: إن كانت مواضع الدور مختلفة مما يتشاح الناس فيها لعمران أو غيره قسمت كل دار على حدتها إلا أن يتفق منها داران أو ثلاثة في الصفة والنفاق في مواضعها فتجمع المتفقة في القسم ويقسم باقيها كل دار على حدة (**وأقرحة**) من المدونة قال ابن القاسم: الأقرحة وهي الفدادين إذا كانت بين قوم فطلب بعضهم أن يجمع له نصيبه في القسم منها في موضع واحد، فإن كانت بعضها

وَلَوْ بِوَصْفٍ؛ إِنْ تَسَاوَتْ قِيمَةً وَرَغْبَةً، وَتَقَارَبَتْ كَالْمِيلِ؛ إِنْ دَعَا إِلَيْهِ أَحَدُهُمْ، وَلَوْ بَعْلاً وَسَيْحاً؛ إِلاَّ مَعْرُوفَةً كَالسُّكْنَى؛ فَالْقَوْلُ لِمُفْرِدِهَا، وَتُؤُوِّلَتْ أَيْضاً بِخِلاَفِهِ،

المستوية نفاقاً ورغبة مهما دعا إليه أحدهم ثم قال: وكذلك بالقرى والحوائط والأقرحة يجمع ما تقارب مكانه كالميل ونحوه، وتساوى في كرمه وعيونه بخلاف اليوم. قال ابن عبد السلام: لا يريد المؤلف هذه الأنوع التي ذكرها من قرى وحوائط وأقرحة تجمع في القسم، ولكن كل نوع من هذه يجمع انتهى. وقال الرجراجي: اتفقوا على أنه لا يجمع في قسمة القرعة الدور مع الحوائط، ولا الحوائط مع الأرضين، ولا الدور مع الأرضين وإنما يقسم كل شيء من ذلك

قريباً من بعض وكانت في الكرم سواء جمعت في القسم وجعل نصيب محل واحد في موضع واحد، ولم يحد لنا مالك في قرب الأرض بعضها من بعض حداً، وأرى الميل وشبهه قريباً في الحوائط والأرضين. وإن كانت الأقرحة مختلفة وهي متقاربة أو كانت في الكرم سواء وبينها تباعد كاليوم واليومين قسم كل قريح على حدته **(ولو بوصف)** من المدونة: لا بأس أن يقتسما داراً غائبة على ما يوصف لهما من بيوتها وساحتها ويميزا حصتيهما منها بالصفة كما يجوز بيعها بالصفة **(إن تساوت قيمة ورغبة)** تقدّم أن الدور لا تجمع في القسم إلا إذا اتفقت في الصفة والنفاق، وتقدم في الفدادين أن تكون في الكرم سواء ولم تبعد مسافة بعضها من بعض. وفي الموطأ: لا يقسم ما يسقي بالنضح والسواقي مع ما يسقى بالعيون، ولا يقسم البعل مع السقي إلا أن يتراضوا أن يجمعوه في القسم فذلك لهم. قال سحنون: وذلك بغير قرعة ولا يصلح بالقرعة لأن ذلك مختلف ويصير كمن جمع حماراً أو فرساً في القسم **(وتقاربت كالميل)** تقدّم نص المدونة: أرى الميل وشبهه قريباً في الحوائط والأرضين **(وإن دعا إليه أحدهم)** من المدونة قال ابن القاسم: إذا دعا أحد الإشراك إلى قسم ما يقسم من ربع أو حيوان أو رقيق أو عروض أو غيرها وشركتهم بإرث أو شراء أو غيره جبر على القسم من أباه. انظر ما اشترى للتجارة. قال اللخمي: لا يقسم، وكذلك لو اشترى أحدهما جزءاً والآخر كذلك أو بعضهم بعد بعض لم يجبر أحد منهم بالبيع مع صاحبه. وقد ذهب ابن رشد لهذا في رباع الغلات أن الشريك فيها لا يجبر على مقاوات ولا على بيع **(ولا بعلاً وسيحاً)** جوز في الموطأ قسم البعل مع ما يسقى بالعيون سيحاً دون نضح. الباجي: هذا مشهور المذهب لأنهما يزكيان بالعشر بخلاف النضح المزكى بنصف العشر **(إلا معروفة بالسكنى فالقول لمفردها وتؤوّلت بخلافه)** من المدونة قال ابن القاسم: أخبرني أهل العلم وأراه من قول مالك أن الرجل إذا مات وترك دوراً وكان ورثته يسكنون في دار من دوره ودوره كلها سواء في مواضعها وتشاح الناس فيها فتشاح الورثة في الدار التي يسكنونها، أن تلك الدار تقسم بينهم فيأخذ كل واحد نصيبه فيها إذا كانت الدور التي ترك الميت في غير موضع هذه الدار التي يسكنونها، ثم تجمع في القسم بقية الدور فيجعل نصيب كل واحد في موضع كل واحد إذا كانت متفقة متقاربة وهو رأيي. قال ابن أبي زمنين: ظاهر المدونة إذا كانت الدور التي ترك في غير موضع هذه الدار التي يسكنونها ليس معها غيرها في ربض كل واحد، ولو كان معها غيرها

وَفِي الْعُلُوِّ وَالسُّفْلِ: تَأْوِيلاَنِ وَأُفْرِدَ كُلُّ صِنْفٍ كَتُفَّاحٍ، إِن آحْتَمَلَ، إِلاَّ كَحَائِطٍ فِيهِ شَجَرٌ مُخْتَلِفَةٌ،

على حدته، ويضم بعضه إلى بعض على شروط يذكرها انتهى. والأقرحة جمع قراح بفتح القاف. قال في المدونة: هي الفدادين. وقال ابن عبد السلام: الأقرحة هي المزارع التي ليس فيها بناء ولا شجر. قاله الجوهري والله أعلم. ص: **(وأفرد كل صنف كتفاح إن احتمل) ش:** يعني أن كل صنف من أصناف الفواكه كالتفاح والرمان إذا كان يحمل القسمة بين الشركاء فإنه يفرد، يريد إذا كان كل واحد في حائط بدليل قوله إلا في كحائط فيه شجر مختلفة فإنه يعني أن الحائط إذا كان فيه أشجار الفواكه فإنه يقسم بالقيمة. قاله في المدونة. وإن كانت قرية ذات دور وأرض بيضاء وشجر فليقسموا الأرض والدور على ما وصفنا، وأما الأشجار فإن كانت مختلفة مثل تفاح ورمان وأترج وغيرها وكلها في جنان واحد فإنه يقسم كله مجتمعاً بالقيمة كالحائط يكون فيه البرني والصيحاني والعجوة والجعرور وأصناف التمر فإنه يقسم على القيمة، ويجمع لكل واحد حظه من الحائط في موضع، فإن كان كل صنف من تفاح ورمان وغيره في جنان على حدة قسم بينهم كل جنان على حدته بالقيمة إن انقسم انتهى.

مسألة: قال في الطراز في كتاب السلم لما تكلم على القطنية وأنها أصناف إنها لا تجمع في القسم، وتقدم كلامه عند قول المصنف: «وقطنية ومنها كرسنة». ص: **(أو أرض**

لجمعت في القسم ولا كلام للوارث. ابن يونس: هذا خلاف ما لابن حبيب **(وفي العلو والسفل تأويلان)** من المدونة قال ابن القاسم: إذا اقتسم رجلان داراً بينهما على أن يأخذ أحدهما العلو والآخر السفل جاز ذلك. ابن عرفة: ظاهرها قسم العلو مع السفل بالقرعة. وحملها أبو عمران مرة على التراضي. وهو نص ابن الماجشون. ومرة على القرعة **(وأفرد كل صنف كتفاح إن احتمل)** من المدونة قال ابن القاسم: إن كان التفاح جناناً على حدة والرمان جناناً على حدة، وكل واحد يحمل القسم، فليقسم بينهم كل جنان بالقيمة **(إلا كحائط فيه شجر مختلفة)** من المدونة قال ابن القاسم: أما الأشجار فإن كانت مختلفة مثل تفاح ورمان وخوخ وغيره من أنواع الفاكهة وكلها في جنان واحد مختلطة، فإنه يقسم كله مجتمعاً بالقيمة كقول مالك في النخل تكون في حائط منه البرني والصيحاني والجعرور وأنواع التمر، أنه يقسم على القيمة ويجمع لكل واحد منهم حظه في موضع واحد من الحائط، ولا يلتفت إلى ما يصير في حظ أحدهم من ألوان التمر. قال ابن عبدوس: والعمل في هذا أن يبدأ القاسم فيقوم النخل كله بقيمة عدل، أو يسأل أهل المعرفة بذلك النخل عما عرف من حمل كل نخلة، ثم يجمع القيم ويقسمها على السهام ويعرف ما ينوب كل سهم، ثم يضرب بالسهم على أي الطرفين يبدأ، فإذا عرف ذلك كتب اسم كل واحد من الأشراك في رقعة وخللها في داخل كمه ثم يخرج أول سهم ثم الثاني ثم الثالث حتى يفرغ منهم، ثم يبدأ بالأول فيعطيه من تلك الناحية التي وقع عليها السهم شجرة شجرة حتى يكمل له قيمة ما صار له، فإن وقع بقية حقه في بعض شجرة كان شريكاً فيها بقدر ما بقي له مع الذي يليه، ثم يصنع في الثاني والثالث كذلك،

أَوْ أَرْضٍ بِشَجَرٍ مُتَفَرِّقَةٍ وَجَازَ صُوفٌ عَلَى ظَهْرٍ، إِنْ جُزَّ، وَإِنْ لِكَنِصْفِ شَهْرٍ، وَأَخْذُ وَارِثٍ عَرْضاً، وَآخَرَ دَيْناً، إِنْ جَازَ بَيْعُهُ، وَأَخْذُ أَحَدِهِمَا قِطْنِيَّةً، والآخَرِ قَمْحاً وَخِيَارُ أَحَدِهِمَا: كَالْبَيْعِ، وَغَرْسُ أُخْرَى، إِنِ انْقَلَعَتْ شَجَرَتُكَ مِنْ أَرْضِ غَيْرِكَ، إِنْ لَمْ تَكُنْ أَضَرَّ

بشجر مفترقة) ش: يعني أن الأرض إذا كان فيها شجر مفترقة فإنه يقسم الأرض مع الشجر جميعاً، ولو أفردنا قسمة الأصول وقعت أصول الرجل في أرض غيره انتهى. ص: **(وخيار أحدهما كالبيع)** ش: قال في المدونة: ولو اقتسما على أن لأحدهما الخيار أياماً يجوز مثلها في البيع في ذلك الشيء فجائز، وليس لمن لا خيار له منها رد وذلك لمشترطه، وإذا بنى من له الخيار أو هدم أو ساوم الجميع فذلك رضا كالبيوع. انتهى. ص: **(وغرس أخرى إن انقلعت)** ش: قال في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الأقضية: إن سقطت

وكذلك يصنع في الأرض. **(أو أرض بشجر مفترقة)** من المدونة قال ابن القاسم: إن ورث قوم أرضاً فيها شجر مفترقة ها هنا شجرة فأرادوا قسمتها فليقتسموا الأرض والشجر جميعاً إذ لو قسموا الأرض على حدة والشجر على حدة صار لكل واحد شجرة في أرض صاحبه **(وجاز صوف على ظهر إن جز وإن لكنصف شهر)** من المدونة قال ابن القاسم: لا بأس بقسمة الصوف على ظهور الغنم إن جزه الآن أو إلى أيام قريبة يجوز بيعه إليها، ولا يجوز فيما بعد انتهى نص المدونة. وفيها: لا بأس أن تشتري زرعاً قد استحصد كل قفيز بكذا وإن كان يتأخر حصاده وذروه إلى عشرة أيام أو خمسة عشر يوماً وهذا قريب وانظر **(وأخذ وارث عرضاً وآخر ديناً إن جاز بيعه)** من المدونة قال ابن القاسم: ومن هلك وترك عروضاً حاضرة، وديوناً على رجال شتى فاقتسم الورثة فأخذ أحدهم العروض وأخذ الآخر الديون على أن يتبع الغرماء، فإن كان الغرماء حضوراً مقرين وجمع بينه وبينهم جاز، وإن كانوا غيباً لم يجز لأن مالكاً قال: لا يشترى دين على غريم غائب. وقال مالك: وإن ترك ديوناً على رجال لم يجز للورثة أن يقتسموا الرجال فتصير ذمة بذمة، وليقتسموا ما كان على كل رجل، قال مالك: وسمعت بعض أهل العلم يقول: الذمة بالذمة من وجه الدين بالدين **(وأخذ أحدهما قطنية والآخر قمحاً)** من المدونة: لو اقتسما قمحاً وقطنية فأخذ هذا الحنطة وأخذ هذا القطنية يداً بيد جاز، ولو كان هذا القمح وهذه القطنية زرعاً قد بلغ وطاب للحصاد فلا خير فيه إلا أن يحصداه مكانهما. قال ابن حبيب: فإن وقع في حصاده تأخير دخله بيع طعام بطعام غير يد بيد **(وخيار أحدهما)** من المدونة قال مالك: لو اقتسما داراً أو رقيقاً أو عروضاً على أن لأحدهما الخيار أياماً يجوز مثلها في البيع في ذلك الشيء فجائز **(كالبيع)** تقدّم في أخذ أحدهما عرضاً وآخر ديناً أنه كبيع دين بدين على الغريم لا بد من حضوره وإقراره، وتقدّم في أخذ أحدهما قطنية والآخر قمحاً أن لا يكون فيه تأخير كالبيع، وتقدّم في الخيار لأحدهما أنه مثله في البيع **(وغرس أخرى إن انقلعت شجرتك من أرض غيرك إن لم تكن أضر)** من المدونة قال مالك: إذا انقلعت نخلة لك في أرض رجل من الريح أو قلعتها أنت، فلك أن تغرس مكانها أخرى. قال ابن القاسم: ولك أن تغرس مكانها شجرة من سائر الشجر يعلم أنها لا تكون أكثر انتشاراً ولا أكثر ضرراً بالأرض من النخلة ولا يغرس مكانها نخلتين. وسأل ابن غانم مالكاً

كَغَرْسِهِ بِجَانِبِ نَهْرِكَ الْجَارِي فِي أَرْضِهِ وَحُمِلَتْ فِي طَرْحِ كُنَاسَتِهِ عَلَى الْعُرْفِ، وَلَمْ تُطْرَحْ عَلَى حَافَتِهِ، إِنْ وَجَدَتْ سَعَةً،

الشجرة ونبتت فيها خلوف فالخلوف لصاحب الشجرة، ابن رشد: معناه إذا نبتت في مواضع الشجرة لأن من كانت له شجرة في أرض رجل فله موضعها من الأرض، وليس لقدر ذلك حد معلوم عند مالك وهو بقدر ما تحتاج إليه الشجرة في شربها، وأما إن نبتت الخلوف خارجة عن قدر حق صاحب الشجرة فإن كان له فيها منفعة بغرسها في حقه كان له قلعها وإلا فهي لرب الأرض بقيمتها حطباً إن كان لها قيمة وإلا فبغير شيء، وإن كان بقاؤها مضراً بأصل الشجرة كان لصاحب الشجرة قطعها بكل حال إلا أن يقطع الذي ظهرت في أرضه العروق المتصلة حتى لا تضر بها فله ذلك، ويعطيه قيمتها إن كان لها قيمة. انتهى باختصار.

فرع: وعلى رب الشجرة سقيها، فإن امتنع من ذلك وكانت تشرب مع شجر صاحب البستان فالظاهر أنه يلزمه أجرة سقيها كما قال صاحب البيان في رسم الشجرة من سماع عيسى من جامع البيوع فيمن اشترى زيتونة على أن يقطعها فتوانى في قطعها حتى أثمرت. قال ابن القاسم: الثمرة لمشتري الشجرة. قال صاحب البيان: ويكون عليه أجرة قيامه عليها إن كان يسقيها ولم يكن المطر يسقيها. قاله ابن القاسم في رواية ابن جعفر عنه. ويكون عليه كراء موضعها من الأرض إن كان غائباً باتفاق، وإن كان حاضراً على اختلاف انتهى. وقال في كتاب العرايا من المدونة: ولو وهب ثمن حائط أو جزءاً منه أو تمر نخلة معينة سنين قبل الزهو أو أعمر ذلك لم يجز له شراء تمرة ذلك أو بعضه بخرصه ولكن بعين أو بعرض، والسقي في ذلك على الموهوب أو على المعرى، وعليه الزكاة إن بلغ حظه ما فيه الزكاة، وإن لم يبلغ فلا زكاة على واحد منهما. قاله ابن القاسم. وقال أكابر أصحابنا: العرية مثل الهبة، وفرق بينهما مالك في الزكاة والسقي انتهى. وعلى قول مالك مشى المؤلف في باب العرايا، والقصد

عن حريم النخلة فقال: قدر ما يرى أن فيه مصلحتها ويترك ما أضر بها. قال: وسئل عن ذلك أهل العلم به وقد قالوا من اثني عشر ذراعاً من نواحيها كلها إلى عشرة أذرع وذلك حسن. وسئل عن الكرم أيضاً وعن كل شجرة أهل العلم به فيكون لكل شجرة بقدر مصلحتها. وسئل سيدي ابن سراج رحمه الله عن شجرة في ملك الغير مالت فقال رحمه الله: ليس له أن يدعمها إلا في حريمها **(كغرسه بجانب نهرك الجاري في أرضه وحملت في طرح كناسته على العرف ولم تطرح على حافتيه أو وجدت سعة)** من المدونة قال ابن القاسم: وإذا كان لك نهر ممره في أرض قوم، فليس لك منعهم أن يغرسوا بحافتيه شجراً، فإذا كنست نهرك حملت على سنة البلد في طرح الكناسة، فإن كان الطرح بضفتيه لم تطرح ذلك على أشجارهم، وإن أصبت دونها من ضفتيه متسعاً فإن لم يكن فبين الشجر، فإن ضاق عن ذلك طرحت فوق شجرهم إذا كانت سنة بلدهم طرح طين النهر على حافتيه **(وجاز**

وَجَازَ ٱرْتِزَاقُهُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ، لاَ شَهَادَتُهُ.

منه أن من له نخلة معينة في بستان رجل فعليه سقي ذلك كما دلت عليه نصوص المذهب والله أعلم.

فرع: قال في وثائق ابن سلمون: قال في مسائل ابن الحاج: إذا اتفق الجيران على أن يحرس لهم جناتهم أو كرومهم فأبى بعضهم من ذلك فإنه يجبر معهم. وكذلك أفتى ابن عتاب في الدور يتفق الجيران ويأبى بعضهم من ذلك. قال القاضي: إلا أن يقول صاحب الكرم: أنا أحرسه بنفسي أو يحرسه غلامي أو أخي فله ذلك وبذلك أفتيت. وسئلت عن قوم لهم زرع استأجروا من يحرسه فأبى بعضهم من ذلك وقال: معي من يحرس زرعي، وزرع كل واحد منهم على حدته واستأجروا من يحرسه وأبى هو من الدخول معهم فلم يحرس له أحد حتى كمل الزرع. فأفتيت أنهم يرجعون عليه بما ينوبه من الأجرة. قال: وأما الأجرة على الصلاة للإمام فمن أباها من الجيران لم يجبر عليها ولا يحكم عليه بها، لأن الإجارة عليها مكروهة في أصلها، ولأن شهودها في الجماعة سنة لا فريضة، وينبغي في أجرة الجمعة أن تلزم من أباها لأن شهودها فرض. انتهى. ص: **(لا شهادة)** ش: قال في المدونة في كتاب الأقضية: ولا تجوز شهادة القسام على ما قسموا انتهى. يريد بعد عزل القاضي الذي بعثه. قال ابن الحاجب: ولا يقبل قولهما بعد العزل. قال في التوضيح: لا يقبل قولهما بعد عزل القاضي الذي بعثهما انتهى. وحاصل المسألة أن شهادة القسام فيما قسموه بأمر القاضي جائزة عنده ولو كان ذلك بعد إنفاذ الحكم بالقسمة عند اختلاف الورثة وضياع المستند الذي فيه القسمة، ولا تجوز شهادتهم عند غير من أمرهم لا وحدهم ولا مع غيرهم. قاله ابن عرفة ناقلاً عن ابن رشد وعن النوادر. قال: وكذلك العاقد والخاطب والمحلف والكاتب والناظر للعيب والله أعلم.

مسألة: قال البرزلي: وسئل ابن أبي زيد عن الأندار إذا جمعتهم السيول في موضع واحد بعد الخل، فقيل: يقبل قول الحراثين إذا قالوا هذا أندر فلان وقالوا: رأيناه وقد قلع الماء إياه، وكيف قسمة الشعير والزيتون عند الخلط، وهل يصدق وكل واحد منهم عما كان في أندره ويحلف أو لا؟ فأجاب: إن كان إنما اختلط بشهادة الحراثين وهم عدول فهي جائزة، وأما غير العدول فشهادتهم غير جائزة. وأرباب الزيتون والعصر إن تقارروا بينهم على شيء معلوم فهو كذلك، وإن تجاهلوا فليس إلا الإصلاح.

ارتزاقه من بيت المال) تقدّم نص المدونة بهذا **(لا شهادته)** انظر هذا الإطلاق سمع القرينان: إذا قدم القاضي عدلاً للقسم بين قوم فأخبره بما صار لكل منهم قضى به وإن لم يعلم ذلك إلا بقوله. ابن رشد: وكذا كل ما لا يباشره القاضي من أمور نفسه قول مأموره فيه مقبول عنده. ولو اختلف الورثة بعد أن نفذ بينهم ما أخبره به القاسم ولم يوجد رسم أصل القسمة التي قضى بها، فقول القاسم وحده في ذلك مقبول عند القاضي الذي قدمه لا عند غيره كما لا تجوز شهادة القاضي بعد عزله على

وَفِي قَفِيزٍ أَخَذَ أَحَدُهُمَا ثُلُثَيْهِ، وَالآخَرُ ثُلُثَهُ، لاَ إِنْ زَادَ عَيْناً، أَوْ كَيْلاً لِدَنَاءَةٍ،

قلت: كثيراً ما يقع عندنا بتونس تأتي السيول بالزيتون في تلك الأودية وحكمه هكذا، وكذا ما اختلط على أيدي اللصوص من الزرع والزيتون على هذا المنوال، وكذا ما وقع في الرواية في السفن إذا اختلط فيها الطعام المشحون فإنه يقبل كل واحد فيما ذكر بعد يمينه إذا ادعى ما يشبه، وهذا كله يجري على أصل واحد انتهى. وانظر مسائل اللقطة فيه. ص: **(وفي قفيز أخذ أحدهما ثلثيه الخ)** ش: قال في المدونة: ولا يجوز في قسم تمر الحائط تفضيل أحد في الكيل لرداءة حظه، ولا التساوي في المقدار على أن يؤدي آخذ الجيد ثمناً لصاحبه، ولا يجوز بيع حنطة ودراهم بمثلها. ولو اقتسما ثلاثين قفيزاً قمحاً وثلاثين درهماً على أن أخذ أحدهما الدراهم وعشرة أقفزة وأخذ الآخر عشرين قفيزاً، فإن كان القمح مختلفاً سمراء ومحمولة أو نقياً ومغلوثاً لم يجز، وإن تساوى القمح في النقاء والجودة والجنس أو كان من

ما مضى من حكمه، وهذا معنى قولها: «لا تجوز شهادة القسام فيما قسموا». ابن عرفة: فيما قاله ابن رشد وفسر به المدونة مثله عن ابن الماجشون. وقال ابن حبيب: وكذلك العاقد والمحلف والكاتب والناظر للعيب لا تجوز شهادتهم عند غير من أمرهم لا وحدهم ولا مع غيرهم كما لا تجوز شهادة المعزول فيما يذكر أنه حكم به وهو تفسير قول مالك. **(وفي قفيز أخذ أحدهما ثلثيه)**. ابن رشد: الصبرة الواحدة من المكيل والموزون لا خلاف في قسمها على الاعتدال في الكيل والوزن وعلى التفضيل البين، كان ذلك مما يجوز فيه التفاضل أو من الطعام المدخر الذي لا يجوز فيه التفاضل. ويجوز ذلك كله بالكيل المعلوم والمجهول وبالصنجة المعلومة والمجهولة، ولا خلاف أيضاً إن قسمه جزافاً بغير كيل ولا وزن ولا تحر، لا يجوز لأن ذلك غرر ومخاطرة، وإن كان من الطعام المدخر دخله أيضاً عدم المماثلة. وأما قسمه تحرياً فلا يجوز في المكيل، ويجوز في الموزون. انتهى. انظر قول ابن رشد: «يدخله عدم المماثلة» إن كان يعني المزابنة إذ قال إنه يجوز القسم على التفضيل البين وقد نص اللخمي على هذا أيضاً فقال: إن التفاضل يجوز في المقاسمة بخلاف البيع، فلو كانا شريكين في قفيز طعام فاقتسماه الثلث والثلثين جاز. قال: والتراخي أيضاً جائز. فعلى هذا يجوز ما يقع اليوم بين المتزارعين أن يحمل أحدهما ما تصفى من الزرع إلى منزله حتى ليوم آخر يحمل شريكه مما يتصفى بعد ذلك إلى داره. وسيأتي في الكتابة أيضاً أن لأحد الشريكين فيها أن يأخذ النجم الأول برضا شريكه حتى يأخذ الشريك النجم الآخر **(لا إن زاد كيلاً أو عيناً لدناءة)** انظر هذه المسألة فإنها تعم بها البلوى بالنسبة إلى توزيع اللحم وبالنسبة إلى قسمة كرم المساقاة. ومن المدونة قال ابن القاسم: لا يجوز في قسمة تمر الحائط تفضيل أحد في الكيل لرداءة حظه ولا التساوي في المقدار على أن يؤدي آخذ الجيد ثمناً لصاحبه. اللخمي: ويجوز أن يأخذ أحدهما العفنة ويأخذ الآخر الصحيحة يعني بشرط أن تكون العفنة دون الصحيحة من كل وجه، فإن دار فضل من الجانبين منع. ويبقى النظر إن كان الأفضل الأكثر فمنع في كتاب محمد إذا كانت بينهما صبرة قمح وصبرة شعير والقمح أكثر بأمر بين أن يأخذ أحدهما القمح والآخر الشعير. قال ابن القاسم: وإن ترك أحدهما نصيبه من صبرة القمح

وَفِي كَثَلاَثِينَ قَفِيزاً، أَوْ وَثَلاَثِينَ دِرْهَماً: أَخَذَ أَحَدُهُمَا عَشَرَةَ دَرَاهِمَ، وَعِشْرِينَ قَفِيزاً إِنِ ٱتَّفَقَ الْقَمْحُ صِفَةً، وَوَجَبَ غَرْبَلَةُ قَمْحٍ لِبَيْعٍ، إِنْ زَادَتْ غَلَّتُهُ عَلَى الثُّلُثِ وَإِلاَّ نُدِبَتْ، وَجَمْعُ بَزٍّ، وَلَوْ: كَصُوف، وَحَرِير، لاَ كَبَعْل، وَذَاتِ بِئْرٍ أَوْ غَرْب، وَثَمَر أَوْ زَرْع، إِنْ لَمْ يَجُذَّاهُ:

صبرة يتفق أعلاها وأسفلها فذلك جائز بخلاف المتبايعين، لأن هنا لم يأت أحدهما بطعام والآخر بطعام ودراهم فيكون فاسداً. ولو قسما مائة قفيز قمحاً ومائة شعيراً فأخذ ستين قمحاً وأربعين شعيراً، وأخذ الآخر ستين شعيراً وأربعين قمحاً فذلك جائز. قال الشيخ أبوالحسن: جعل

واقتسما صبرة الشعير سوية بينهما بالكيل جاز ذلك، ولا يجوز جزافاً وكأنه في الجزاف خاطره فيه بما ترك له من القمح **(وفي ثلاثين قفيزاً وثلاثين درهماً أخذ أحدهما عشرة دراهم وعشرين قفيزاً إن اتفق القمح صفة)** قال ابن القاسم في أخوين ورثا ثلاثين أردب قمح وثلاثين درهماً فأخذ أحدهما عشرة أرادب وعشرين درهماً وأخذ الآخر عشرة دراهم وعشرين أردباً: فلا بأس إذا كان القمح صبرة واحدة. ومن المدونة: لو قاسما ثلاثين قفيزاً من قمح وثلاثين درهماً فأخذ واحد الدراهم وعشرة أقفزة وأخذ الآخر عشرين قفيزاً جاز إن تساوى القمح في النفاق والجودة والجنس، لأن هذا لم يأت أحدهما بطعام وأتى الآخر بطعام ودراهم فيكون فاسداً. ولو اقتسما مائة قفيز قمح ومائة شعيراً فأخذ هذا ستين قمحاً وأربعين شعيراً وأخذ الآخر ستين شعيراً وأربعين قمحاً فذلك جائز. اللخمي: ولا يجوز مثل هذا في البيع. وانظر إن اقتسما شيئاً بعد شيء قال سحنون: قلت له: فلو أن امرأة هلكت وتركت أخاها وزوجها وتركت حلياً كثيراً ومتاعاً فكيف يقسمه؟ قال: أما الحلي فلا يقسم إلا وزناً. وقد سألنا مالكاً عن القوم يرثون حلياً فيه الذهب فتقول أختهم اتركوا لي هذا الحلي وأنا أعطيكم وزن حقكم ذهباً فقال: إذا وزنت ذلك لهم يداً بيد فلا بأس به **(ووجبت غربلة قمح)** الذي في المدونة: لو كان بينهما طعام مغلوث وهو صبرة واحدة جاز أن يقتسماه. وانظر الكتاب هل يقسم قبل نفضه؟ المنصوص أنه جائز. قالوا: وكذلك أيضاً يجوز قسمه قبل الدباغ. وانظر لوز الحرير المنقول عن الشيخ أبي محمد بن أبي زيد أنه لا يجوز قسمها إلا بالوزن **(كبيع إن زاد غلثه على الثلث وإلا ندبت)** من المدونة: يغربل القمح للبيع وهو الحق الذي لا شك فيه. ونقل المتيطي ما نصه: أما غربلة القمح من التبن والغلث فذلك عند البيع واجب إن كان التبن والغلث فيه كثيراً يقع في أكثر من الثلث، ويستحب إن كان التبن والغلث فيه يسيراً **(وجمع بزر ولو كان كصوف وحرير)** من المدونة قال ابن القاسم: أرأيت من مات وترك ثياب خز وحرير وقطن وكتان وجباباً وأكسية، أيقسم كل نوع على حدة أم يجعل ذلك كله في القسم كنوع واحد؟ قال: أرى أن يجمع البز كله في القسم فيجعل نوعاً واحداً فيقسم على القيمة مثل الرقيق عند مالك نوع واحد وفيهم الصغير والكبير والهرمة والجارية الفارهة وثمنهم متفاوت بمنزلة البز أو أشد، فالبز عندي بهذه المنزلة. وكذلك تقسم الإبل وفيها أصناف والبقر وفيها أصناف فتجمع كلها في القسم على القيمة **(لا كبعل وذات بئر أو غرب)** تقدّم عند قوله: «ولو بعلاً». وقال ابن زرقون: لا يجمع البعل مع النضح ولا مع السيح اتفاقاً إلا على رواية النخلة مع الزيتونة **(وثمر وزرع إن لم يجده)** من المدونة قال ابن القاسم: لا بأس بقسمة الزرع قبل

كَقَسْمِهِ بِأَصْلِهِ، أَوْ قَتًّا أَوْ زَرْعاً أَوْ فِيهِ فَسَادٌ: كَيَاقُوتَةٍ، أَوْ كَجَفِيرٍ، أَوْ فِي أَصْلِهِ بِالْخَرْصِ: كَبَقْلٍ إِلاَّ الثَّمَرَ أَوِ الْعِنَبَ إِذَا ٱخْتَلَفَتْ حَاجَةُ أَهْلِهِ،

القسمة هنا تمييزاً فلذلك أجازها يدل عليه قوله لأن أحدهما لم يأت بطعام الخ. ولو جعلها بيعاً لمنع كما قال في السلم فيما إذا أخرج أحدهما مد قمح ومدّ شعير والآخر مثله أنه لا يجوز. ص: **(أو فيه فساد كياقوتة أو كجفير)** ش: كذا في كثير من النسخ **«أو كجفير»** بالجيم والفاء وبعدها ياء ثم راء، وفي بعضها «كخفين» تثنية خف. فعلى النسخة الأولى يكون المعنى ظاهراً وهو أن ما يفسد بالقسمة لا يجوز قسمه، لا بالقسمة ولا بالمراضاة، وذلك اللؤلؤة والفص والخاتم وجفير السيف. وأما على النسخة الثانية فلا يخلو الكلام عن إشكال لأنه لا يخلو إما

بدو صلاحه بالتحري على أن يجداه مكانهما إن كان يستطاع أن يعدل بينهم في قسمته تحرياً **(كقسمه بأصله أو قتاً أو زرعاً)** من المدونة قال مالك: إذا ورث قوم شجراً أو نخلاً وفيها ثمر فلا يقسموا الثمار مع الأصل. قال ابن القاسم: وإن كان التمر طلعاً أو بلحاً إلا أن يجدوه مكانه. قال مالك: وكذلك لا يقسم مع الأرض ولكن تقسم الأرض والأصول وتترك الثمر والزرع حتى يبدو صلاحه ويحل بيعه فيقسموا حينئذ كيلاً أو يبيعوه ويقسموا ثمنه، ولا يقسم الزرع فدادين ولا مزارعة ولا قتاً ولكن كيلاً انتهى. الباجي: منع قسمتها مع الطلع لأنه مأكول يجري فيه الربا، ولا يجوز قسمتها دون الطلع لأنها ثمرة لم تؤبر، فإن كان الثمر لم يبلغ أن يكون طلعاً أو بلحاً حلواً فيجوز قسمته مع النخل. والذي للمتيطي: لا تجوز قسمة الأرض إذا كان فيها زرع مستكن ولا وهو غير مستكن وكذا الثمرة المأبورة **(أو فيه فساد كياقوتة أو كخفين)** من المدونة قال مالك: في الجذع بين الرجلين أراد أحدهما قسمته وأبى ذلك صاحبه: لا يقسم. قال أشهب: إنما القسم في غير الرباع والأرضين فيما لا يحال عن حاله ولا يحدث بالقسم فيه قطع ولا زيادة دراهم قال مالك: والثوب لا يقسم بينهما إلا أن يجتمعا على ذلك. قال ابن القاسم: وكذلك الخفان والمصراعان والنعل والحبل والخرج لا يقسم إذا أبى ذلك أحدهم. قال ابن القاسم: والفص والياقوتة واللؤلؤة والخاتم هذا كله لا يقسم عند مالك **(أو في أصله بالخرص كالبقل إلا الثمر والعنب إذا اختلفت حاجة أهله)** من المدونة قال مالك: أم ثمر النخل والعنب فإنه إذا طاب وحل بيعه واحتاج أهله إلى قسمه، فإن كان حاجتهم إليه واحدة مثل أن يريدوا كلهم أكله أو بيعه رطباً فلا يقسم بالخرص. قال ابن القاسم: لأنه إذا كانت حاجتهم إليه واحدة كان بمنزلة الطعام الموضوع بينهم فلا يقسم إلا كيلاً. قال: وإذا ورث قوم شجراً غير النخل فلا يقسموا ما في رؤوسها إذا طاب بالخرص قال: والفواكه من الرمان والخوخ والفرسك وما أشبهه فلا يقسم بالخرص، وإن احتاج إليه أهله، وإنما يقسم بالخرص النخل والعنب إن اختلفت حاجة أهله إليه. قال ابن القاسم: وإذا ورث قوم بقلاً قائماً لم يعجبني أن يقتسموه بالخرص وليبيعوه ويقسموا ثمنه، لأن مالكاً كره قسم ما فيه التفاضل من الثمار بالخرص فكذلك البقل **(إلا الثمر والعنب إذا اختلفت حاجة أهله)** من المدونة قال مالك: أما ثمر النخل والعنب فإنه إذا طاب

وَإِنْ بِكَثْرَةِ أَكْلٍ، وَقَلَّ وَحَلَّ بَيْعُهُ وَاتَّحَدَ مِنْ بُسْرٍ أَوْ رُطَبٍ: لاَ تَمْرٍ. وَقُسِمَ بِالْقُرْعَةِ بِالتَّحَرِّي. كَالْبَلَحِ الْكَبِيرِ، وَسَقَى ذُو الأَصْلِ: كَبَائِعِهِ الْمُسْتَثْنِي ثَمَرَتَهُ، حَتَّى يُسَلِّمَ،

أن يكون المنفي قسمة القرعة فيفهم منه أن قسمة المراضاة جائز في الياقوتة والخفين جميعاً وليس كذلك، لأن قسم اللؤلؤة والفص والخاتم والياقوتة لا يجوز بالمراضاة ولا بالقرعة. وإما أن يكون المنفي القسمة مطلقاً فيفهم منه أن الخفين لا ينقسمان بالمراضاة وليس كذلك، بل يجوز قسم الخفين والنعلين والمصراعين والباب والثوب الملفق من قطعتين والرجاء بالمراضاة. قاله في المدونة. وقال أبو الحسن في قسم الرحا بأن يأخذ هذا حجراً وهذا حجراً قلت: ومثله الكتاب من سفرين أو أسفار والله أعلم. ومثله السواران والقرطان كما قاله ابن رشد في رسم استأذن من سماع عيسى من كتاب الصرف فيما إذا ظهر العيب بأحد المزدوجين فإنه كظهوره فيهما جميعاً. وقال ابن راشد في اللباب في باب القسمة: وما له أخ لا يقسم إلا بالتراضي انتهى.

وحل بيعه، واختلفت حاجة أهله إليه فأراد بعضهم أن يبيع وآخر يريد أن يثمر وآخر يريد أن يأكل رطباً، فإنه يقسم بينهم بالخرص إذا وجدوا عالماً بالخرص. قال ابن القاسم: وإذا لم يطب ثمر النخل والعنب فلا يقسم بالخرص ولكن يجدونه إن أرادوا ثم يقسمونه كيلاً **(وإن بكثرة أكل)**. اللخمي: إن لم يبع واحد منهما واختلفت حاجتهما الفضل عيال أحدهما على الآخر جاز أن يقتسما بالخرص القدر الذي يحتاج إليه أكثرهما عيالاً **(وقل)**. ابن عرفة: في كراهة الخرص في الكثير روايتا الباجي وظاهر المدونة **(وحل بيعه)** تقدّم نصها: لا يقسم إلا إذا طاب وحل بيعه **(واتحد من بسر أو رطب)**. أشهب: إن كان بينهما بسر ورطب لم يجز أخذ أحدهما البسر والآخر الرطب بالخرص وليقتسما كلاً منهما به **(لا ثمر)** اللخمي: نحو هذا. وهو مقتضى قولهم إذا كانت حاجتهم إليه واحدة لا يقسم بالخرص **(وقسم بالقرعة بالتحري)** انظر قبل هذا عند قوله «وقرعة». وقال الباجي: عندي أن هذه القسمة لا تجوز إلا بالقرعة، وهو ظاهر قول أصحابنا لأنها تمييز حق لأن المراضاة بيع محض لا تجوز في المطعوم إلا بقبض ناجز، وشرط هذا القسم تساوي الكيل وإن كان بعض ذلك أفضل كالعنب الأحمر والأسود يجمع على التساوي. انتهى نص الباجي. وقد تقدّم أن التفاضل جائز ما لم يدر الفضل.

يبقى النظر في هذا هل يكون ممنوعاً من أجل عدم تناجز القبض أو يكون مثل لبن في ضرع؟ **(كالبلح الكبير)** من المدونة: يجوز قسم البلح الكبير إذا اختلفت حاجة أهله وهو كالبسر في حرمة التفاضل ومن عرف حظه فهو قبض له وإن لم يجده، فإن جذه بعد ثلاثة أيام أو أكثر جاز ما لم يتركه حتى يزهي فإن أزهى بطل قسمه **(وسقى ذو الأصل كبائعه المستثني ثمرته حتى يسلم)** من المدونة قال ابن القاسم: وإذا اقتسما الثمرة كما وصفنا بعد قسمة الأصول كان على كل واحد منهم سقي نخلة وإن كان ثمرها لغيره لأن على صاحب الأصل سقيه إذا باع ثمرته. وقال سحنون: السقي ها هنا على صاحب الثمرة لأن القسم تمييز حق. ابن يونس: ما قال سحنون هو الصواب، وأما من باع أصل حائطه دون ثمرته فالسقي على البائع لأن المبتاع لا يسلم له الأصل حتى يجد البائع ثمرته. وقاله

أَوْ فيهِ تَرَاجُعٌ، إلاَّ أَنْ يَقِلَّ، أَوْ لَبَنٍ فِي ضُرُوعٍ، إلاَّ لِفَضْلٍ بَيِّنٍ، أَوْ قَسَمُوا بِلاَ مَخْرَجٍ مُطْلَقاً، وَصَحَّتْ، إنْ سَكَتَا عَنْهُ، وَلِشَرِيكِهِ الانْتِفَاعُ

وقال الرجراجي: وما له زوج لا يستغني أحد عن صاحبه كالخفين والبابين والغرارتين فلا يقسم بين الشريكين إلا بالتراضي. انتهى والله أعلم. ص: **(أو فيه تراجع إلا أن يقل) ش:** يعني أنه لا يجوز قسم القرعة إذا كان فيها تراجع إلا أن يكون ذلك قليلاً. قال في الرسالة: وقسم القرعة لا يكون إلا في صنف واحد ولا يؤدي أحد الشريكن ثمناً، وإن كان في ذلك تراجع لم يجز القسم إلا بتراض انتهى. وقال في المدونة: ولا يجوز أن يجعلوا دنانيرنا حية وما قيمة مثلها ناحية من ربع أو عرض أو حيوان ويقرعوا، وأما بالتراضي بغير قرعة فجائز. قال الشيخ أبو الحسن: تقدم ما للخمي ويشير إلى ما قدمه عنه في أول كتاب القسمة ونصه: وإن اختلفت قيمة الدارين فكان بينهما يسير مثل أن يكون قيمة أحدهما مائة والأخرى تسعين، فلا بأس أن يقترعا على من صارت له التي قيمتها مائة أعطى صاحبها خمسة دنانير لأن هذا مما لا بد منه ولا يتفق في الغالب أن يكون قيمة الدارين سواء. الشيخ: انظر هذا الذي قاله اللخمي مع ما في الرسالة وما تقدم لعياض أن يقال معنى ما قال أبو محمد تراجع كثير انتهى. وما قدمه عن عياض هو ما ذكره في أول كتاب القسمة لما تكلم على قسمة القرعة فقال: ولا يجوز تعديل السهام بزيادة دراهم أو دنانير أو غير ذلك من غير جنس المقسوم من إحدى الجهتين انتهى. وقال ابن عرفة بعد أن نقل كلام اللخمي: قلت: ظاهر الروايات منع التعديل في قسم القرعة بالعين انتهى. وجزم المصنف في التوضيح بما قاله اللخمي ونصه: فرعان: الأول: اختلف في قسم العلو والسفل بالقرعة. الثاني: يجوز في القرعة أن يكون بينهما الشيء اليسير كما لو كانت قيمة أحدهما مائة والأخرى تسعين إلى آخر كلام اللخمي والله أعلم. ص:

مالك **(أو فيه تراجع إلا أن يقل)** تقدم هذا عند قوله: «وقسم العقار» **(أو لبن في ضروع إلا لفضل بين)** من المدونة قال ابن القاسم: ولا تجوز قسمة اللبن في الضروع لأن هذا مخاطرة، وأما إن فضل أحدهما الآخر بأمر بين على المعروف وكان إن هلك ما بيد هذا من الغنم ورجع رجع فيما بيد صاحبه، فذلك جائز لأن أحدهما ترك للآخر فضلاً بغير معنى القسم **(أو قسموا بلا مخرج مطلقاً)** من المدونة: إن اقتسما داراً يريد بتراض فأخذ أحدهما دبر الدار وأعطى الآخر مقدمها على أن لا طريق لصاحب المؤخر على الخارج، جاز ذلك على ما شرطا ورضيا إن كان له موضع يصرف إليه بابه وإلا لم يجز. وكذلك إذا اقتسما على أن أخذ أحدهما الغرف على أن لا طريق له في السفل فعلى ما ذكرنا، وإن اقتسما أرضاً على أن لا طريق لأحدهما على الآخر وهو لا يجد طريقاً إلا عليه لم يجز، وليس هذا من قسم المسلمين **(وصحت إن سكت عنه ولشريكه الانتفاع به)** من المدونة: إن اقتسموا الساحة ولم يذكروا رفع الطريق فوقع باب الدار في حظ أحدهم ورضي بذلك صاحبه، فإن لم يشترطوا في أصل القسم أن طريق كل حصة ومدخلها فيها خاصة فإن الطريق بينهما على حالها،

وَلاَ يُجْبَرُ عَلَى قَسْمِ مَجْرَى الْمَاءِ، وَقُسِمَ بِالْقِلْدِ: كَسُتْرَةٍ بَيْنَهُمَا،

(ولا يجبر على قسم مجرى الماء) ش: قال في كتاب القسمة من المدونة: فإن ورثوا قرية على أجزاء مختلفة ولها ماء ومجرى ماء ورثوا أرضها وماءها وشربها وشجرها، قسمت الأرض بينهم على قدر مواريثهم منها ولا يقسم مجرى الماء ويكون لهم من الماء على قدر مواريثهم منه انتهى. أبو الحسن: أطلق المجرى هنا على الماء الجاري ولم يرد موضعه الذي يجري فيه، ومثله في كتاب الغرر لا يجوز أن يشتري مسيل ميزاب أي الماء الذي يسيل منه انتهى. ثم قال في آخر كتاب القسمة من المدونة: ولا يقسم أصل العيون والآبار ولكن يقسم شربها بالقلد انتهى. ونقله عياض بلفظ «ولم تقسم الآبار» ولم أسمع واحداً يقول إن العيون والآبار تقسم، ولا أرى

وملك باب الدار لمن وقع في حظه ولباقيهم فيه الممر **(ولا يجبر على قسم مجرى الماء وقسم بالقلد)** من المدونة: ولا يقسم أصل العين والآبار ولكن يقسم شربها بالقلد، ولا يقسم مجرى الماء وما علمت أن أحداً أجازه. ابن حبيب: تفسير قسمة الماء بالقلد إن تحاكموا فيه وأجمعوا على قسمه أن يأمر الإمام رجلين مأمونين أو يجتمع الورثة على الرضا بهما فيأخذان قدراً من فخار وشبهها فيثقبان في أسفلها بمثقب يمسكانه عندهما ثم يعلقانها ويجعلان تحتها قصرية ويعدان الماء في جرار، ثم إذا انصدع الفجر صبا الماء في القدر فسال الماء من الثقب فكلما هم الماء أن يفرغ صبا حتى يكون سيل الماء من الثقب معتدلاً النهار كله والليل كله إلى انصداع الفجر، فينحيانها ويقتسمان ما اجتمع من الماء على أقلهم سهماً كيلاً أو وزناً، ثم يجعلان لكل وارث قدراً يحمل سهمه من الماء ويثقبان كل قدر منها بالمثقب الذي ثقبا به القدر الأولى، فإذا أراد أحدهم السقي على قدره بمائه وصرف الماء كله إلى أرضه فسقى ما سال الماء من قدره، ثم كذلك بقيتهم، ثم إن تشاحوا في التبدئة استهموا. ابن يونس: قوله: «ثم يجعل لكل واحد قدراً يحمل سهمه» فإنما يصح ذلك إن تساوت أنصباؤهم لأن القدر كلما كبرت ثقل الماء فيها وقوي جريه من الثقب حتى يكون مثلي ما يجري من الصغيرة أو أكثر. والذي أرى أن يقسم الماء بقدر أقلهم سهماً فيأخذ صاحب السهم قدراً ويأخذ صاحب العشرة الأسهم عشر قدور وهذا بين. وفي نوازل الشعبي: ليس للذي تبعد أرضه عن القلد أن يقول: لا تحسبوا علي الماء حتى يدخل أرضي، لأن أرضه قد قومت في القسم بدون ما قومت به الأرض القريبة من الماء **(كسترة بينهما)** من المجموعة قال مالك في الجدار بين الرجلين يسقط: فإن كان لأحدهم لم يجبر على بنائه ويقال للآخر استر على نفسك إن شئت، وإن كان بينهما أمر الآبي أن يبني مع صاحبه إن طلب ذلك. قال في العتبية: إن كان لأحدهما فهدمه أو انهدم بغير فعله وهو قادر على رده فيترك ذلك ضرراً جبر على ردّه، وإن كان يضعف عن إعادته عذر وقيل للآخر: استر على نفسك إن شئت. وقال ابن القاسم: إن انهدم بأمر من الله لم يجبر على إعادته، وكذلك إن هدمه هو لوجه منفعة ثم عجز عن ذلك أو استغنى عنه فإنه لا يجبر على ردّه، ولو هدمه للضرر جبر على أن يعيده. ابن رشد: يتحصل في بنائه إن انهدم أربعة أقوال، راجع ابن عرفة في الشركة وابن يونس في ترجمة جامع في الأبنية في كتاب القسمة. وانظر ذلك مع لفظ خليل، وانظر منتخب الأحكام في انتفاع كليهما من

وَلاَ يُجْمَعُ بَيْنَ عَاصِبَيْنِ، إلاَّ بِرِضَاهُمْ، إلاَّ مَعَ، كَزَوْجَة، فَيُجْمَعُوا أَوَّلاً: كَذِي سَهْم، وَوَرَثَة، وَكَتَبَ الشُّرَكَاءَ، ثُمَّ رَمَى، أَوْ كَتَبَ الْمَقْسُومَ، وَأَعْطَى كُلاًّ لِكُل،

أن يقسم إلا على الشرب انتهى. ثم قال: ظاهر المذهب أنه أراد قسم الواحد منها، فإن الواحد منها إذا اعتدل في القسم قسم وهو قول سحنون وتأويله على الكتاب، وهو قول ابن نافع وابن حبيب. وحمل ابن لبابة منع القسم فيها على العموم واستدل بمخالفته في الآبار والعيون لا أرى أن يقسم إلا على الشرب ولم يقل فيهما بل قال في المآجل: ولم يفرق بين قليلها وكثيرها. قال عياض: ولا حجة لبينته في هذا لأنه إنما تكلم على ماجل واحد وهو يمكن إذا قسم وكان كثيراً أن يصير منه مآجل، ولا يمكن أن يصير العين عيوناً ولا البئر آباراً فظاهر كلامه أنه إنما أراد العين الواحدة والبئر الواحدة وأنه لا يمنع قسم الكثير كما قال سحنون ومن معه انتهى.

جهته مما لا يمنع أن ينتفع الآخر. كذلك انظر قبل هذا عند قوله: «وعرصة» **(ولا يجمع بين عاصبين إلا برضاهم)** سمع ابن القاسم: لا يجمع حظ اثنين في القسم. ابن رشد: هو قوله في المدونة، ومعناه إن لم يكونوا أهل سهم واحد. اللخمي: يجوز أن يجمع نصيبان في القسم بالتراضي، ومنع ذلك ابن القاسم في القرعة. وسمع القرينان: الإخوة للأم يرثون الثلث يقول أحدهم اقسموا حصتي على حدة ليس ذلك له ويقسم له ولإخوته جميعاً الثلث ثم يقاسمهم بعد إن شاء. ابن رشد: لا خلاف في ذلك في أهل السهم الواحد كالبنات أو الزوجات ونحوهم، وأما العصبة فثالث الأقوال قول ابن القاسم في المدونة لهم أن يجمعوا نصيبهم إن أرادوا **(إلا مع كزوجة فيجمعوا أولاً)** من المدونة: لا يجمع حظ رجلين في القسم إلا أن ترك زوجة وولداً عدداً أو عصبة كذلك عدداً فيقسم للزوجة على أحد الطرفين وكان الباقي للولد أو العصبة **(كذي سهم وورثة)** قد أدخل الكاف على زوجة فانظر أنت ما معنى هذا **(وكتب الشركاء ثم رمى)**. ابن عرفة: صفة القسمة بالقرعة أن يحد المقسوم بالقيمة على عدد مقام أقلهم جزءاً. الباجي: صفتها أن تقسم العرصة على أقل سهام الفريضة ما هو مقتسماً وقسم بالذراع وما اختلف قسم بالقيمة. القاضي: رب جريب يعدل أجر يبين من ناحية أخرى. ابن شاس: ربما كان مقدار من المساحة من موضع بإزاء ثلاثة أمثاله من موضع آخر على حسب قيم الأرض ومواضعها، فمن حصل له سهم من طرف فإن كان بقدر حقه فقد استوفاه، وإن كان أقل من حقه ضم إليه مما يليه تمام حقه. ووجه ذلك أن القيمة إذا عرفت وعدلت على أقل السهام نظر، فإن تراضوا على أن يحصل لأحدهم من طرف والباقين من الطرف الآخر جاز، وإن تشاجروا ضرب بالسهم بينهم فمن حصل له سهم من جهة كانت له، فإن اختلفوا بأي الجهات يبدأ في الإسهام عليه أسهم على الجهتين فأيتها خرج سهمها أسهم عليه، ثم كان الحكم فيه على ما بينا وصفة القرعة أن يكتب أسماء الشركاء في رقاع وتجعل في طين أو شمع ثم ترمى كل بندقة في جهة، فمن حصل له اسمه في جهة أخذ حقه متصلاً في تلك الجهة **(أو كتب المقسوم وأعطى كلاً لكل)**. ابن شاس: وقيل: تكتب الأسماء والجهات ثم تخرج أول بندقة من الأسماء ثم أول بندقة من الجهات، فيعطى من

وَمُنِعَ ٱشْتِرَاءِ الْخَارِجِ، وَلَزِمَ، وَنُظِرَ فِي دَعْوَى جَوْرٍ أَوْ غَلَطٍ، وَحَلَفَ الْمُنْكِرُ؛ فَإِنْ تَفَاحَشَ أَوْ ثَبَتَا:

ويشهد لقول سحنون ومن معه قوله في أوائل القسمة: فإن ورث قوم أراضي وعيوناً كثيرة، فإن أراد أحدهم قسم كل عين وأرض وأراد غيره اجتماع حصته من ذلك، فإن استوت الأرض في الكرم والعيون في الغرر قسمت كل أرض وعيونها على حدة انتهى. **ص: (ومنع اشتراء الخارج) ش:** قال الشارح: يعني أنه لا يجوز لأجنبي أن يشتري ما يخرج لأحدهم بالسهم وهو مراده بالخارج، وهكذا قال في المدونة وزاد: لأنه لا شرك له في ذلك، وإنما جاز ما أخرج السهم في تمييز حظ الشريك خاصة لأن القسمة عند مالك بالقرعة ليست من البيوع انتهى. وظاهر كلامه رحمه الله يوهم أنه يجوز للشريك اشتراء بالخارج، وكذلك لفظ المدونة وليس كذلك، وإنما أراد التفرقة بين جواز القسمة في تمييز حظ كل واحد وعدم جواز البيع. قال أبو الحسن في شرح كلام المدونة: هذا جواب سؤال مقدر كأنه قيل: لم أجزت ما أخرج السهم بالقسم لأحد الشريكين ولم تجزه لأجنبي وكلاهما مبيع، لأن كل واحد من المتقاسمين باع بعض نصيبه ببعض نصيب الآخر وذلك مثل قسمة المجهول إذ لا يدري أيهما يصير له وما قدره كالأجنبي؟ فقال: وإن كانت القسمة عند مالك بيعاً فإن القسمة تفارق البيع في بعض الحالات. وقوله: «إذ لا شركة له» إنما ذكر هذا التفريق بين الشريك والأجنبي، وكذلك لا يجوز للشريك شراء ما يخرج بالسهم لشريكه. انتهى والله أعلم. **ص: (فإن تفاحش أو ثبت نقضت) ش:** أي ثبت الجور والغلط. قال أبو الحسن الصغير في أول كتاب القسمة: قال الباجي في وثائقه: إنما يرجع بالغبن في القرب انتهى. وقال في معين الحكام: قال بعض الأندلسيين: وأما ما يقام بالغبن فيما قرب، وأما ما بعد أمره وطال تاريخه فلا يقام فيه بغبن انتهى. وقال ابن سهل عن أبي إبراهيم: وحد ذلك العام ويفيته أيضاً البناء والغرس انتهى. وقال

خرج اسمه نصيبه في تلك الجهة. **(ومنع اشتراء الخارج)** من المدونة: لا يجوز لأجنبي أن يشتري من أحدهم ما يخرج له بالسهم من هذه الثياب إذ لا شركة له فيها، وإنما جاز ما أخرج السهم في تمييز حظ الشريك خاصة لأن القيمة عند مالك بالقرعة ليس من البيوع **(ولزم)** من المدونة: إذا قسم القاضي بين قوم دوراً أو رقيقاً أو عروضاً فلم يرض أحدهم ما أخرج السهم له أو لغيره أو قال لم أظن أن هذا يخرج لي، فقد لزمه وقسم القاسم ماضٍ كان في ربع أو حيوان أو غيره **(ونظر في دعوى جور أو غلط)** من المدونة: إذا قالوا للقاسم غلطت أو لم تعدل أتم قسمه ونظر الإمام في ذلك، فإن كان قد عدل أمضاه وإلا رده. ولم ير مالك قسم القاسم بمنزلة حكم القاضي. وانظر إذا قسموا داراً أو أرضاً بقرعة أو بتراض فوجد أحدهم في نصيبه البئر العادية أو الصخر أو العدد، نقل ابن سهل في القسمة في نوازله أن ذلك له وحده كما لو وجد ذلك المشتري على ما في الواضحة، ثم نقل عن العتبية خلاف ذلك **(وحال المنكر فإن تفاحش أو ثبت نقض)** ابن عرفة: دعوى الغلط في القسم دون

نُقِضَتْ: كَالْمُرَاضَاةِ إِنْ أَدْخَلاَ مُقَوِّماً،

في معين الحكام أيضاً: وإذا ثبت الغبن في القسمة انتقضت ما لم تفت الأملاك ببناء أو هدم أو غير ذلك من وجوه الفوات، فإن فاتت الأملاك بما ذكرنا رجعا في ذلك إلى القيمة يقتسمونها، وإن فات بعضه وبقي سائره على حاله اقتسم ما لم يفت مع قيمة ما فات انتهى. ص: (كالمراضاة إن أدخلا مقوماً) ش: نحو هذه العبارة نقلها أبو الحسن عن أبي عمران ونصها: قال ابن حبيب: وإذا ادعى أحدهما الغلط بعد القسم، فإن قسموا بالتراضي بلا سهم وهم حائز والأمر فلا ينظر إلى دعوى ذلك وإن كان الغلط ببينة أو بغير ذلك من أمر ظاهر لأنه كبيع التساوم يلزم فيه التغابن، وإن قسم بالسهم على تعديل القسم فلا يقبل قوله إلا ببينة أو يتفاحش الغلط فترد فيه القسمة كبيع المرابحة. قال أبو عمران: إنما يصح قول ابن حبيب على وجه وهو إذا تولوا القسمة بأنفسهم، وأما إن أدخلوا بينهم من يقوّم لهم ثم ظهر فيها الغبن فسخت القسمة بينهم لأنا وإن سميناه تراضياً فلم يدخلوا فيه إلا على التساوي انتهى. وظاهرها أن الشركاء إذا لم يدخلوا مقوماً وإنما قوموا لأنفسهم أنه لا يقام في ذلك بالغبن، والظاهر أن ذلك ليس بمراد وإنما المراد أن قسمة المراضاة إذا كانت بتعديل وتقويم فإنما يقام فيها بالغبن. قال اللخمي: دعوى الغلط بعد القسم على أربعة أوجه: أحدها: أن يعدل ذلك بالقيمة ثم يقترعا أو يأخذ ذلك بغير قرعة ثم يدعي أحدهما غلطاً، فهذا ينظر إليه أهل المعرفة، فإن كان سواء أو قريباً من السواء وإلا نقض القسم وكان القول قول من ادعى الوهم والغلط. والثاني: أن يقولا: هذه الدار تكافىء هذه، وهذا العبد يكافىء هذا من غير ذكر القيمة، ثم يقترعان أو يأخذان ذلك بغير قرعة، والجواب فيه كالأول، لأن مفهوم ذلك التعديل والمساواة في القيم، وكذلك إذا قالوا: هذه الدار تكافىء هذا المتاع، أو هذه العبيد ثم أخذ كل واحد منهم أحد الصنفين بالتراضي بغير قرعة ثم تبين أن القيمة غير مختلفة. والثالث: أن يقول أحدهما: خذ هذه الدار وهذا العبد من غير تقويم ولا ذكر مكافأة، فإن كانت القسمة بالتراضي مضت المغابنة على ما كانت في نصيبه إلا على قول من لم يمضها في البيع، وإن كانت القسمة بالقرعة وهما عالمان بتغابنهما كانت فاسدة تفسخ بالجبر وإن لم يدع واحد منهما إليه لأن القرعة على ذلك غرر، وإن كانا يظنان إنها متساوية كانت جائزة والقيام في ذلك كالعيب. والرابع: أن يختلفا في الصفة التي وقع القسم عليها مثل أن يقتسما عشرة أثواب فكان بيد أحدهما ستة وقال: هي نصيبي على هذا اقتسمنا، وقال الآخر: الواحد منها لي وأنا سلمته غلطاً، فاختلف فيه على ثلاثة أقوال. وقال ابن القاسم: القول قول الحائز له مع يمينه إذا أتى بما يشبه لأن الآخر أقر بالقسم وادعى ما في يد صاحبه. وقال أشهب: القول قول الحائز مع يمينه. وقال محمد بن

بينة ولا تفاحش يوجب حلف المنكر، وبأحدهما يوجب نقضه (كالمراضاة إن أدخلا مقوماً) تقدم هذا

وَأُجْبِرَ لَهَا كُلٌّ، إِنِ انْتَفَعَ كُلٌّ

عبدوس: يتحالفان ويتفاسخان ذلك الثوب وحده، ثم ذكر كلاماً لابن حبيب في هذا القسم الرابع. قال الرجراجي: إذا ادعى أحدهم الغلط في القسمة فذلك على وجهين: أحدهما: أن يلوا القسم بأنفسهم، والثاني: أن يقدموا من يقسم بينهم فإن ولوا القسم بأنفسهم ثم ادعى أحدهم الغلط فذلك على أربعة أوجه، وذكر هذه الأوجه الأربعة التي ذكرها اللخمي ثم قال: وأما إذا قدموا من يقسم بينهم فادعى أحدهم أن القاسم جار أو غلط فقال ابن القاسم في المدونة: لا يلتفت القاسم إلى قولهم وليتم قسمته، فإذا فرغ منها نظر السلطان فيها، فإن وجدها على التعديل مضى ما قسم ولا يرد، فإن رضي جميعهم برده ونقضه ليستأنفا القرعة أو التراضي بقسمته مرة أخرى لم يجز لأنهم ينتقلون من معلوم إلى مجهول وهو ما يخرج لهم في المستقبل ولو تراضوا بنقضه بشرط أن يأخذ كل واحد شيئاً معلوماً معيناً جاز. وإن وجد السلطان غبناً فاحشاً نقضه قولاً واحداً، وإن كان غير فاحش فقال ابن القاسم في المدونة: إنه يرد. وقال أشهب: لا يرد انتهى. وقال في التنبيهات: القسمة على أربعة أضرب: قسمة حكم وإجبار وهي قسمة القرعة، وقسمة مراضاة وتقويم، وقسمة مراضاة على تعديل، وحكم هذه حكم البيوع في كل وجه، ولا يرجع فيها بغبن على القول أنه لا يرجع في البيوع، ويرجع بالغبن في الوجهين في الأولين ويعفى عن اليسير في ذلك في قسمة المراضاة. واختلف في اليسير في قسمة القرعة كالدينار والدينارين من العدد الكثير، فذهب ابن أبي زيد وبعضهم إلى أنه معفو عنه، وأبى ذلك آخرون وقالوا: تنقض القسمة لأنه خطأ في الحكم يجب فسخه ولا يفرق فيه بين القليل والكثير انتهى. ونحو لابن ناجي كما نقله ابن عرفة والله أعلم. ص: **(وأجبر لها كل إن انتفع كل)** ش: فلا يقسم الفرن والرحى والمعصرة، فلو خربت أرضه حتى صارت براحاً لا بناء فيها، فهل تقسم؟ انظر البرزلي في أوائل القسمة فإنه حكى في ذلك خلافاً، وتقدم بعض كلامه في باب الشركة. وسئلت عمن له سهمان وخمسة أسهم في أرض متعددة بعضها مشتمل على نخل وهي كلها بوادي نخلة وسقيتها ثلاث وجبات وثلث، فطلب من شركائه القسمة بأن يقوموا الأرض ويعطوه من ذلك قطعة بقدر ما يخصه، فإن فضل له شيء أخذه، وإن فضل عليه شيء سلمه وقال له شركاؤه: ما نعطيك إلا قدر حصتك من كل أرض ونخل. فأجبت بجمع الأراضي التي فيها النخل على حدة إذا كانت متقاربة بحيث يكون بينهما كالميل ونحوه وكانت متساوية في النفاق والرغبة فيها، وكذلك تجمع الأراضي التي لا نخل فيها إذا كانت متقاربة كذلك وكانت متساوية في النفاق والرغبة،

عند قوله: «وقرعة ومراضاة فكالبيع». **(وأجبر لها كل)** تقدم عند قوله: «وقرعة وهي تمييز حق» **(إن انتفع كل)** ابن رشد: الذي جرى به العمل عندنا أن الدار لا تقسم حتى يصير لكل واحد من الشركاء من الساحة والبيوت ما ينتفع به ويستتر فيه عن صاحبه. انظر عند قوله: «أو فيه فساد».

وَلِلْبَيْعِ إِنْ نَقَصَتْ حِصَّةُ شَرِيكِهِ مُفْرَدَةً لاَ: كَرَبْعِ غَلَّةٍ أَوِ اشْتَرَى بَعْضاً،

ويقسم كل صنف على حدته إذا كان يحصل لأقل الشركاء حصة بشيء ينتفع به، فإن لم يحصل له شيء ينتفع به لم يجبر على القسم، فإن دعا أحد الشركاء إلى البيع جبر له بقية الشركاء إذا كانت حصته تنقص إذا بيعت مفردة، وليس لشركائه أن يقولوا له: نعطيك من كل قطعة في الأرض بقدر حصتك إذا كان لا ينتفع بذلك، إما تراضوا على أن يقوموا الأراضي ويعطوه قطعة منها، إما بقدر حقه أو بأقل أو بأكثر وإلا بيع عليهم والله أعلم. ص: **(وللبيع إن نقصت حصة شريكه مفردة لا كربع غلة أو اشترى بعضاً)** ش: يعني وأجبر الشركاء لبيع الشيء المشترك من عقار وحيوان وعروض إذا لم يمكن قسمه وكانت حصة أحدهم إذا بيعت مفردة نقص ثمنها. قال ابن عرفة: إذا دعا أحدهم لقسم ثوب بينهما لم يقسم وقيل لهما: تقاوماه بينكما أو بيعاه، فإن استقر على ثمن فلمن أبى البيع أخذه وإلا بيع. وفيها أيضاً: وإن لم ينقسم ما بينهم من ربع أو حيوان أو عرض وشركتهم بميراث أو غيره فمن دعا إلى بيعه جبر عليه من أباه ثم للآبي أخذ الجميع بما يعطي فيه انتهى. وانظر كلام ابن غازي فإنه جامع حسن. وقال في آخر كتاب البيوع من النوادر: قال ابن حبيب: قال ابن الماجشون وأصبغ في شيء لا ينقسم بين الرجلين فيريد أحدهما المقاومة فيه قال: لا يلزم صاحبه المقاومة فيه، وعليه أن يبيع معه، وإن رضيا بالمقاواة تقاوياه بينهما بالمزايدة وبما أحبا بلا قيمة، ولا يقوم بقيمته ثم يتزايدان عليها. وإذا أمر بالبيع معه فإذا بلغ فمن شاء أخذه منها بذلك، ومن شاء تركه. ولو باع أحدهما نصيبه وحده مضى ذلك ولم يكن له أخذه بالثمن ليعمل مع من دار له إن شاء كما كان يعمل مع الشريك الأول، يريد إن لم يقم بالشفعة فيما فيه شفعة ولم يكن بائعاً معه انتهى. وقد تقدم في كلام ابن رشد أن أحد الشريكين أحق بالشيء المشترك بالثمن الذي يأخذه الغير بلا خلاف قبل البيع، فإن وقع البيع مضى وإن لم يكن أحق به إلا فيما فيه الشفعة وكذلك الكراء. وانظر المدونة في كتاب القسمة أيضاً.

فرع: قال في النوادر في الجزء الثاني من كتاب الأقضية في القضاء على الغائب: وكتب شجرة إلى سحنون في عبد بين رجلين غاب أحدهما وقام شريكه يطلب بيع نصيبه قال: إن قربت غيبته استؤني حتى يحضر فيقاويه أو يجتمعا على البيع، وإن بعدت غيبته فليبع

(وللمبيع إن نقصت حصة شريكه منفرداً). ابن عرفة: المعروف الحكم ببيع ما لا ينقسم بدعوى شريك فيه لم يدخل على الشركة، وقيده غير واحد بنقض ثمن حظه مفرداً من ثمنه في بيع كله. ونص المدونة: إذا دعا أحد الأشراك إلى بيع ما لا ينقسم جبر عليه من أباه ثم للآبي أخذ الجميع بما يعطى فيه، وسواء كانت شركتهم بإرث أو شراء أو غيره **(لا كربع غلة)** الذي أفتى به ابن رشد أن رباع الغلات لا يحكم ببيع حظ من أبى البيع. انظر نوازل ابن رشد في حمام بين أيتام وانظر التنبيهات **(أو اشترى بعضاً)**. عياض: يجب أن يكون الحكم بالبيع فيما ورث أو اشتراه الأشراك جملة

وَإِنْ وَجَدَ عَيْباً بِالأَكْثَرِ فَلَهُ رَدُّهَا، فَإِنْ فَاتَ مَا بِيَدِ صَاحِبِهِ بِكَهَدْمٍ: رَدُّ نِصْفِ قِيمَتِهِ يَوْمَ قَبْضِهِ، مَا

للحاضر العبد وتوقف حصة الغائب من الثمن انتهى. ونقله أيضاً ابن بطال في المقنع في باب القضاء على الغائب. وذكر البرزلي في مسائل القسمة عن المازري أن القاضي يبيع ما لم ينقسم من العقار إذا كان الشريك غائباً ويوقف ثمنه له.

فرع: إذا طلب أحد الشركاء إخلاء الدار قبل القسمة أو قبل البيع، وقال الآخر: تقسم وأنا فيها أو ينادى عليها وأنا فيها.انظر ذلك في مسائل القسمة من البرزلي، وانظرها في مسائل الدعوى والحيازات عن ابن سهل والتوضيح وبهرام في هذا المحل، وتقدم الكلام على ذلك في باب الشركة والله أعلم. **ص: (وإن وجد عيباً بالأكثر فله ردها) ش:** يريد ونصيب صاحبه السالم لم يفت يدل عليه قوله: «فإن فات» وقوله: «بالأكثر» يريد وكذلك وجه الصفقة ولو لم يكن الأكثر. قال ابن الحاجب: فلو ظهر عيب في وجه نصيبه ولم يفت الباقي فله رد الجميع انتهى. قاله ابن عبد السلام. وكما له الرد بإطلاعه على العيب في وجه ما أخذ فكذلك يكون له الرد بإطلاعه على العيب في أكثره انتهى. وفي المدونة ما نصه باختصار ابن عرفة وفيها: إن وجد أحد الشريكين بعد القسم في حظه عيباً، فإن كان المعيب وجهه أو أكثر رد الجميع وابتدأ القسم، فإن فات ما بيد صاحبه رد قيمته يوم قبضه يقتسمانها مع المردود، وإن كان الأقل رده ولم يرجع فيما بيد شريكه وإن لم يفت، فإن كان المعيب سبع ما بيده رجع على صاحبه بقيمة نصف سبع ما أخذ ثمناً ثم يقتسمان المعيب كان قسم قرعة أو تراض انتهى. وقول المؤلف: «فله ردها» وابن الحاجب: «فله رد الجميع» الظاهر أن اللام فيه للإباحة. وانظر ما يقابل قولهما: «فله رد الجميع» هل وله المعيب ويرجع بنصف ما يخصه ثمنه كما في عيب الأقل أم لا، أو له التمسك بما حصل له فقط من غير رد وهو الذي يظهر من لفظ المدونة فتأمله والله أعلم. **ص: (فإن فات ما بيد صاحبه بكهدم رد نصف قيمته يوم قبضه وما سلم بينهما) ش:** لا يدخل في قوله: «كهدم البيع» وإن كان قد ذكره أبو سعيد في تهذيبه لأن القاضي عياضاً تعقبه. ونقله عنه في التوضيح وكذلك حوالة الأسواق. قال في المدونة: وليس حوالة الأسواق في الدور فوتاً انتهى. وقال ابن عرفة: ولو اقتسما قمحاً. فظهر عيب بحظ أحدهما بعد طحنه ففي رد قيمته أو مثله ثالثها يكون شريكاً بقيمة الطحن في الدقيق وما بقي، وحصة الآخر بينهما، لها ولابن عبدوس عن أشهب. سحنون: ليس الطحن بفوت فكذا في الخشب. انتهى والله أعلم. وقوله: «يوم قبضه» قال ابن عبد السلام: إن كان معناه أن يوم القبض هو يوم البيع فصحيح وإلا فانظر هل يقال القيمة في البيع الصحيح يوم البيع وهذا بيع صحيح، أو يقال لما انتقضت القسمة انتقض البيع فلا يضمن إلا يوم القبض انتهى. قال ابن

في صفقة، ومن دخل على الشركة فلا جبر له. انظر أول البيوع عند قوله: «وتولاه المشتري» وانظر قبل هذا عند قوله: «ولو بعلا» **(وإن وجد عيباً بالأكثر فله ردّها فإن فات ما بيد صاحبه كهدم رد**

سَلِمَ بَيْنَهُمَا، وَمَا بِيَدِهِ رَدُّ نِصْفَ قِيمَتِهِ وَمَا سَلِمَ بَيْنَهُمَا، وَإِلاَّ رَجَعَ بِنِصْفِ المَعِيبِ مِما بِيَدِهِ ثَمَناً، وَالْمَعِيبُ بَيْنَهُمَا.

عرفة: هذا هو الصحيح وعليه حمله الأشياخ، ونحوه قول الغير في النكاح الثاني: إذا وهبت المرأة صداقها ثم طلقها قبل البناء أنه يرجع عليه بقيمة ذلك يوم قبضه، ولابن القاسم يوم وهبته، لأنها لا تضمن هلاكه بأمر من الله وهنا يضمنه بذلك من هو في يده انتهى.

فرع: قال ابن عرفة: ابن حبيب: إن فات بعضه رد قيمة ما فات، وإن فات نصف المعيب رد نصفه.

فرع: فإن فات النصيبان معاً فإنه يرجع على من أخذ السالم بنصف ما زادت قيمته على قيمة المعيب. قاله ابن عبد السلام وهو ظاهر. ص: **(وما بيده رد نصف قيمته)** ش: قال ابن عبد السلام: يوم القبض على ما تقدم انتهى. فإن فات بعضه فقد تقدم فرق هذا عن ابن عرفة والله أعلم. ص: **(وما رد بينهما)** ش: كذا في بعض النسخ ويعني به ما رد بسبب العيب الذي اطلع عليه. وفي بعض النسخ: «وما سلم بينهما» ويعني به أيضاً المعيب الذي اطلع عليه وعبر عنه بقوله: «وما سلم» أي ما سلم من الفوات في مقابلة نصيب صاحبه الذي فات فتأمله والله أعلم. ص: **(وإلا رجع بنصف المعيب مما في يده ثمناً والمعيب بينهما)** ش: يشير إلى قوله في المدونة: إن كان المعيب الأقل رده ولم يرجع فيما بيد شريكه وإن لم يفت إذا لم ينقض القسم ولكن ينظر، فإن كان المعيب قدر سبع ما بيده رجع على صاحبه بقيمة نصف سبع ما أخذ ثمناً ثم يقتسمان هذا المعيب انتهى. فقوله: «بنصف المعيب» فيه حذف مضافين والتقدير بنصف قيمة مثل المعيب. وقوله: «مما في يده» من السالم الذي في يد شريكه كما قال في المدونة، وهذا أبين من قول المصنف: «فيه حذف مضافين» أي بمثل قيمة نصف المعيب من الصحيح والله أعلم.

تنبيه: هذا ظاهر إذا كان المعيب متميزاً عن السالم، وأما إذا كان المعيب يعم جميع

نصف قيمته يوم قبضه وما سلم بينهما وما بيده رد نصف قيمته وما سلم بينهما) من المدونة قال ابن القاسم: إذا اقتسم شريكان دوراً أو أرضين أو رقيقاً أو عروضاً فوجد أحدهم ببعض ما أخذ عيباً، فإن كان وجه ما نابه أو أكثره رد الجميع وابتدأ بالقسم، فإن فات ما بيد صاحب بهدم أو بيع أو هبة أو حبس أو صدقة أو بناءالرد قيمته يوم قبضه فيقتسمان تلك القيمة مع الحاضر المردود. ابن حبيب: وإن فات بعضه رد قيمة ما فات فكان ذلك مع ما لم يفت بينهما، وكذلك بعض النصيب الذي وجد فيه العيب. ومن المدونة أيضاً: لو بنى أحدهما في حظه أو هدم بعد القسم ثم وجد عيباً فذلك فوت يرجع بنصف قيمة المعيب ثمناً على ما فسرنا **(وإلا رجع بنصف المعيب مما في يده ثمناً والمعيب بينهما)** من المدونة قال ابن القاسم: وإن كان المعيب الأقل ردّه ولم يرجع فيما بيد شريكه وإن لم يفت إذ لم ينتقض القسم ولكن ينظر، فإن كان المعيب قدر سبع ما بيده ربع على صاحبه بقيمة

وَإِنِ اسْتُحِقَّ نِصْفٌ أَوْ ثُلُثٌ: خُيِّرَ لاَ رُبُعٌ، وَفَسِخَتْ فِي الأَكْثَرِ:

ما أخذه أحدهما لكنه ينقص ثمنه يسيراً فلا يتأتى شيء منه على من أخذ السالم لكن يرجع بنصف قيمة ما زاده السالم على المعيب. قاله ابن عبد السلام. ولم يتعرض المؤلف في هذا الشق لتفريق الفوات من غيره. أما فوات النصيب السالم نصيبه من المعيب فهو مساوٍ لعدم فواته كما قاله في المدونة ونقله عنه غير واحد، وأما فوات نصيب المعيب نصيبه فالظاهر أن حكمه حكم ما إذا كان العيب يعم جميع النصيب لكنه ينقص من ثمنه يسيراً، وهو والله أعلم المشار إليه بقوله في المدونة: ولو بنى أحدهما في حصته من الدار وهدم بعد القسمة ثم وجد عيباً فذلك فوت ويرجع بنصف قيمة العيب ثمناً على ما فسرنا. انتهى والله أعلم. ص: **(وإن استحق نصف أو ثلث خير لا ربع وفسخت في الأكثر)** ش: ظاهر كلامه أنه لا فرق بين أن يكون المستحق شائعاً من جميع المقسوم أو من حصة أحدهم أو معيناً وليس كذلك، وإنما هذا الحكم فيما إذا استحق معين أو شائع من حصة أحدهم فيفصل فيه على ما ذكر، وفيه ما نبه عليه ابن غازي وغيره. وأما إذا استحق جزء شائع من جميع المقسوم فلا كلام لأحد الشريكين على صاحبه لأنه استحق من نصيب أحدهما مثل ما استحق من نصيب الآخر وهذا ظاهر، وقد أشار إلى ذلك ابن الحاجب بقوله: وإن استحق بعض معين. واعلم أن مسألة وجود العيب والاستحقاق ببعض الأنصباء بعد القسمة قال عياض في التنبيهات: جاءت فيها ألفاظ مشكلة وأجوبة مختلفة ومقالات مطلقة، واضطرب بسببها تأويل الشيوخ ومذاهبهم في تحقيق مذهبه في ذلك انتهى. وقد لخص في اللباب من ذلك كلاماً ونصه: وإذا وقع الاستحقاق في شائع ينقض القسم واتبع المستحق كل وارث بقدر ما صار من حقه ولا يتبع المليء على المعدم وإن استحق نصيب أحدهم بعينه، فإن استحق جميعه رجع فيما بيد شريكه كان الميت لم يترك

نصف سبع ما أخذ ثمناً ثم يقتسمان هذا المعيب. **(وإن استحق نصف أو ثلث خير لا ربع وفسخت في الأكثر)** من المدونة: إن اقتسما عبدين فأخذ هذا عبداً وهذا عبداً فاستحق نصف عبد أحدهما فللذي استحق ذلك من يده أن يرجع على صاحبه بربع العبد الذي في يديه إن كان قائماً، وإن فات رجع على صاحبه بربع قيمته يوم قبضه ولا خيار له في غير هذا. قال أبو محمد: لما استحق نصف ما صار إليك لم يكن لك رد باقيه بخلاف مبتاع عبد يردّه باستحقاق يسيره لضرر الشركة. ومن المدونة أيضاً: لا ينتقض القسم إلا باستحقاق جل نصيبه، فإن استحق نصيب أحدهما لم ينتقض القسم ورجع على صاحبه بربع قيمة ما بيده ولا ينتقض القسم في مثل هذا. ابن يونس: وبلغني عن بعض فقهائنا القرويين أن الذي يتحصل في وجود العيب أو الاستحقاق يطرأ بعد القسم أن ينظر، فإن كان ذلك كالربع فأقل رجع بحصة ذلك ثمناً، وإن كان نحو النصف أو الثلث فيكون بحصة ذلك شريكاً فيما بيد صاحبه ولا ينقض القسم، وإن كان فوق النصف انتقض القسم. ابن يونس: وهذا

كَطُرُوِّ غَرِيمٍ، أَوْ مُوصًى لَهُ بَعَدَدٍ عَلَى وَرَثَةٍ، أَوْ عَلَى وَارِثٍ، وَمُوصًى لَهُ بِالثُّلُثِ، وَالْمَقْسُومُ: كَدَارٍ، وَإِنْ كَانَ عَيْناً، أَوْ مِثْلِيًّا، رَجَعَ عَلَى كُلٍّ، وَمَنْ

غيره، وإن استحق بعضه فثلاثة لابن القاسم، قال: مرة ينتقض القسم كله إن كان المستحق كثيراً، وإن كان يسيراً رجع بقيمته. وقال: مرة يرجع فيساوي صاحبه فيما بيده بقدر نصف ذلك كان المستحق كثيراً أو قليلاً. وقال: مرة ينتقض في الكثير ويرجع في اليسير شريكاً.

تنبيه: مسائل العيب والاستحقاق وقعت فيها ألفاظ مختلفة في المدونة وأجوبة مختلفة اضطربت فيها مسائل الشيوخ في تحقيق مذهبه، وقد نبه عليها القاضي عياض في تنبيهاته. قال بعض الشيوخ: والذي يظهر من مذهبه المعلوم في البيع أن الثلث فأزيد كثير يرد منه البيع، وأن القسمة تستوي مع البيع في اليسير الذي لا يردان منه وهو الربع فما دونه، وفي الجل الذي يرد فيه البيع ويفسخ معه القسمة، ويفترقان في النصف والثلث ونحوهما فيرد البيع بذلك، ولا تفسخ القسمة باستحقاق النصف أو الثلث ويكون بذلك شريكاً فيما بيد صاحبه وكذلك العيب. ابن يونس: وهذا تحصيل حسن وليس في مسائل الباب ما يخالفه إلا مسألة الدار يأخذ أحدهما ربعها والآخر ثلاثة أرباعها فيستحق نصف نصيب أحدهما فإنه قال: يرجع بقيمة ذلك فيما بيد صاحبه، ولو قال: «يرجع فيما بيد صاحبه» لاستوت المسائل وحسن التأويل ولم يكن في الكلام تناقض. انتهى كلام اللباب بلفظه. ص: **(كطرو غريم أو موصى له بعدد على ورثة أو وارث وموصى له بالثلث والمقسوم كدار وإن كان عيناً أو مثلياً رجع على كل ومن**

التحصيل حسن ليس في هذا الباب ما يخالفه إلا مسألة الدار يأخذ أحدهما ربعها والآخر ثلاثة أرباعها. انظره فيه **(كطرو غريم أو موصى له بعدد على ورثة)** مقتضى ما يتقرر أن هذا ليس بحق لله. وقد قال اللخمي: القول بفساد القسمة لطرو الدين خارج عن الأصول، إنما يذكر للمذاكرة والأصل المعروف صحة القسم لكن يتعلق به حق لا دين وهو الغريم. ألا ترى أنه لو رضي الغريم كونه في ذمتهم ويقتسمون لجاز ذلك، فلو كان النهي حقاً لله تعالى لم يجز برضا الغريم، وكل موضع يجوز التراضي ممن له حق فلا يقال فيه فاسد، والفاسد ما تعلق به حق الله تعالى. فالربا حق لله لا يجوز التراضي عليه، والتدليس بالعيب منهي عنه. ولو رضي المشتري لجاز ولا يقال: إنه فاسد انتهى. من المدونة: إذا قسم القاضي بين الورثة لم يأخذ منهم كفيلاً بالحق من دين، فإن طرأ دين انتقضت القسمة كقسمتهم بغير أمر قاض وهم رجال. اللخمي: والموصى له بتسمية من العين مثل أن يوصى له بمائة دينار والثلث يحملها إذا طرأ على الورثة صار بمنزلة غريم طرأ على ورثة. قال في المدونة: لو قدم موصى له بدنانير أو دراهم يحملها الثلث كان كلحوق الدين، أما وحده أو نقض القسم ولا يجبروا على أدائه من أموالهم ومال الميت قائم، وما هلك بأيديهم مما أخذوه من مال الميت بغير سببهم لم يضمنوه **(أو على وارث أو موصى له بالثلث والمقسوم كدار)** من المدونة: إن كانت التركة دوراً وليس فيها عين فاقتسمها الورثة ثم قدم وارث أو موصى له بثلث نقض القسم انتهى. ما أظن أن

أَعْسَرَ: فَعَلَيْهِ إِنْ لَمْ يَعْلَمُوا، وَإِنْ دَفَعَ جَمِيعُ الْوَرَثَةِ مَضَتْ: كَبَيْعِهِم بلاَ غَبْن، وَآسْتَوْفَى مِمَّا وَجَدَ ثُمَّ تَرَاجَعُوا. وَمَنْ أَعْسَرَ: فَعَلَيْهِ، إِنْ لَمْ يَعْلَمُوا،

أعسر فعليه إن لم يعلموا وإن دفع جميع الورثة مضت كبيعهم بلا غبن واستوفى مما وجد ثم تراجعوا ومن أعسر فعليه إن لم يعلموا) ش: ذكر رحمه الله أربع مسائل: الأولى: أن يطرأ غريم على الورثة بعد أن اقتسموا التركة. الثانية: أن يطرأ موصى له بعدد على الورثة بعد القسمة أيضاً. الثالثة: أن يطرأ غريم على الورثة والموصى لهم بالثلث بعد القسمة. الرابعة: أن يطرأ موصى له بعدد على الورثة والموصى لهم بالثلث بعد القسمة أيضاً. وذكر أن الحكم في الصور الأربع نقض القسمة لأنه شبهها بمسألة استحقاق الأكثر حيث قال: وفسخت في الأكثر كطرو غريم الخ. إلا إن شرط في نقض القسمة أن يكون المقسوم داراً أو ما يشبه الدار،

المؤلف عنى إلا هذا فلو قال: «أو وارث أو موصى له بالثلث على وارث والمقسوم كدار» لتنزل على المدونة **(وإن كان عيناً أو مثلياً رجع على كل ومن أعسر فعليه)** من المدونة قال ابن القاسم: وإذا طرأ وارث أو موصى له بثلث بعد القسم والتركة عين أو عرض فإنما يتبع كل وارث بقدر ما صار إليه من حقه إن قدر على قسم ما بيده من ذلك، ولا يتبع المليء بما على المعدم. وليس كغريم طرأ على ورثة ولكن كغريم طرأ على غرماء، وقد قسموا مال الميت أجمع وأعدم بعضهم فلا يتبع المليء إلا بما عنده من حصة في الحصاص **(إن لم يعلموا)** نحو هذا قال ابن عرفة واللخمي. ومن المدونة: إن جهل الورثة أن الدين قبل القسمة أو لم يعلموا بالدين فاقتسموا فالقسمة ترد إن كان ما اقتسموه قائماً، وإن أتلف أحدهم حظه يريد وأعدم فلرب الدين اتباع الذي بقي حظه بيده، فإن أخذ منه دينه وبقي بيده زيادة ردّت إلى ما أتلفه الوارث الآخر وكان هو التركة ويضمن كل وارث ما استهلك، ولا يضمن ما هلك بأمر من الله وضمانه من جميعهم. راجع ابن يونس **(وإذا دفع جميع الورثة مضت)** من المدونة: لكل واحد من الورثة أن يفتك ما يباع عليه في الدين بأداء ما ينوبه. وإن قال واحد أنا أؤدّي جميع الدين أو الوصية عيناً كانت أو طعاماً ولا أتبعكم بشيء ولا تنقضوا القسم لرغبته في حظه وقد قسموا ربعاً أو حيواناً فذلك له **(كبيعهم بلا غبن)** في المقدمات: طرو الغريم أو الموصى له أو الوارث على التركة بعد اقتسامها فيه إحدى عشرة مسألة ثم قال في أثناء كلامه: ولا خلاف أن الورثة لا يضمنون بالقسمة التلف بأمر من السماء، وأما ما أكلوه واستهلكوه فإنهم يضمنونه. واختلفوا هل يضمنون بالأحداث كالبيع والهبة والعتق؟ فذهب ابن حبيب إلى أنهم يضمنون فيلزمهم أن يردّوا ولا يرجع على الموهوب له بشيء. وذهب أشهب وسحنون إلى أنهم لا يضمنون ويرجع صاحب الدين على الموهوب له ولا يكون له في البيع على المشتري شيء إلا أن يكون فيه محاباة فيكون حكمها حكم الهبة. وفي المدونة دليل على القولين جميعاً. وأما المكيل والموزون فاختلف إن قامت بينة بتلفه، راجع المقدمات. وانظر إن كان خليل أشار إلى هذا **(واستوفى مما وجد ثم تراجعوا وإن أعسر فعليه إن لم يعلموا)** المناسب أن أنقل هنا ما نقلته قبل هذا عند قوله: «إن لم يعلموا» فانظر أنت ذلك مع

....

يريد المقومات كالعبيد والثياب ونحوها. واحترز بذلك مما لو كان المقسوم عيناً أو مثلياً فإن القسمة لا تنقض كما صرح به في قوله: «وإن كان عيناً أو مثلياً رجع على كل من الورثة بحصته». ويشترط في نقض القسمة إذا كان المقسوم كدار أن لا يدفع الورثة يريد أو أحدهم جميع الدين، فإن دفعوا الدين من أموالهم أو دفع بعضهم لم تنتقض، وكذلك إذا دفعوا العدد الموصى به لم تنتقض القسمة، وهذا الشرط يفهم من قول المصنف: «وإن دفع جميع الورثة مضت». وأما قول المؤلف في مسألة ما إذا كان المقسوم عيناً أو مثلياً إن من أعسر فعليه إن لم يعلموا فمشكل لأنه يقتضي أن الورثة إذا اقتسموا التركة وكانت عيناً أو مثلياً ثم طرأ عليهم غريم فوجد بعضهم موسراً وبعضهم معسراً فإنه إنما يرجع على الموسر بحصته ويتبع المعسر بحصته إذا لم يكونوا عالمين بالدين وليس كذلك، وإنما يكون هذا فيما إذا طرأ غريم على غرماء أو وارث على ورثة أو موصى له على موصى لهم، وأما إذا طرأ الغريم على الورثة فإنه يرجع على المليء منهم بجميع الدين حتى يستوفي جمع ما أخذه الوارث، ثم يتبع الوارث بقيمة الورثة، سواء علموا بالدين أو لم يعلموا، ومثله في الإشكال قوله بعد: «ومن أعسر فعليه إن لم يعلموا» قال في كتاب القسمة من المدونة: ومن هلك وعليه دين وترك دوراً ورقيقاً وصاحب الدين غائب، فجهل الورثة أن الدين قبل القسمة أو لم يعلموا بالدين فاقتسموا ميراثه ثم علموا بالدين، فالقسمة ترد حتى يستوفى الدين. وإن كان ما اقتسموا قائماً فإن أتلف بعضهم حظه وبقي في يد بعضهم حظه فلرب الدين أخذ دينه مما بيده، فإن كان دينه أقل مما بيده أخذ قدر دينه وضم ما بقي بيد هذا الوارث بعد الدين إلى ما أتلف بقية الورثة، فإن كان هو التركة وما بقي بيد الغارم كان له ويتبع جميع الورثة بتمام موروثه من مال الميت بعد الدين إن بقي له شيء، ويضمن كل وارث ما أكل وما استهلك مما أخذ وما باع فعليه ثمنه إن لم يحاب. قال مالك: وما فات بأيديهم من حيوان أو هلك بأمر من الله من عرض وغيره فلا ضمان على من هلك ذلك بيده وضمانه من جميعهم. قال ابن القاسم: لأن القسمة كانت بينهم باطلة للدين الذي على الميت ثم قال: وإن قسم القاضي بينهم ثم طرأ دين انتقضت القسمة كقسمتهم بغير أمر قاضٍ وهم رجال. ثم قال بعد هذا: وإذا طرأ على الورثة وارث أو موصى له بالثلث بعد القسم والتركة عين أو عرض فإنما يتبع كل واحد بقدر ما صار إليه من حقه إن قدر على قسم ما بيده من ذلك، ولا يكون لهذا الوارث الذي طرأ على ورثة الميت أن يتبع المليء بما على المعدم، وليس كغريم طرأ على وارث ولكن كغريم طرأ على غرماء. ولو قسموا مال الميت أجمع وأعدم بعضهم فلا يتبع المليء إلا بما عنده من حصته بالحصاص، وإن كانت التركة دوراً وليس فيها عين فاقتسمها الورثة ثم قدم وارث أو موصى له بثلث نقض القسم كانوا قد جمعوا الدور في القسم أو قسموا كل دار على حدة. ولو قدم موصى له بدنانير أو دراهم والثلث يحملها كان كلحوق دين أو دون أو نقض القسم، ولا يجبر الورثة على أدائه من مالهم ومال الميت

....

قائم. ثم قال: ولو طاع أكثرهم بأداء الوصية والدين وأبى أحدهم وقال: انقضوا القسم وبيعوا لذلك واقتسموا ما بقي فذلك له، ثم قال: ولو دعوا إلى نقض القسم إلا واحداً قال: أنا أؤدي جميع الدين أو الوصية، عيناً كانت أو طعاماً، ولا أتبعكم بشيء ولا تنقضوا القسم لرغبته في حظه وقد قسموا ربعاً وحيواناً فذلك له انتهى. وعلم أن التفريق بين كون المقسوم عيناً أو مثلياً وكونه كدار إنما ذكره ابن الحاجب فيما إذا طرأ وارث على مثله، ولكنه يفهم من كلام غيره وصرح به في اللباب قال: وإذا طرأ دين على القسمة يغترق التركة أخذ ذلك من يد الورثة وإن كان لا يغترقها وكلهم حاضر موسر غير ملد، أخذ من كل واحد ما ينوبه، وإن كان بعضهم غائباً أو معسراً أو ملداً أخذ دينه من الحاضر الموسر غير الملد ويتبع هو أصحابه. وإن كانت التركة عقاراً أو رقيقاً فسخت حتى يوفى الدين، علموا به أو لم يعلموا. قاله في المدونة. وقال أشهب وسحنون: لا يفسخ ويفض الدين على ما بأيديهم في الحصص. وإذا طرأ غريم آخر رجع على الغرماء ولا يرجع على الموسر بما على المعدم ولا يرجع على الورثة إذا لم يعلموا بدين الطارىء ولا كان موصوفاً بالدين، ولو فضل بأيديهم شيء رجع عليهم به ويرجع بما بقي على الغرماء، وإذا طرأ وارث والتركة عين فيرجع على كل واحد بما ينوبه، فإذا كان معسراً أخذ فيها من الموسر ما نابه فقط، قاله ابن القاسم. وقيل: بل يقاسم الموسر فيما صار إليه ويتبعان المعسر معاً. ولو ترك داراً فاقتسماها ثم طرأ وارث خير في نقض القسم أو يشارك كل واحد فيما صار إليه اهـ. ومسألة بيع الورثة تقدمت في التفليس في شرح قول المصنف في باب التفليس واستؤني به إن عرف بالدين في الموت فقط وتقدم الكلام عليها. وقال هنا في كتاب القسمة من المدونة: ومن هلك وعليه دين وترك داراً بيع منها بقدر الدين ثم اقتسم الورثة باقيها إلا أن يخرج الورثة الدين من أموالهم فتبقى لهم الدار يقتسمونها. قال أبو الحسن: إذ لا حجة للطالب إلا في دينه كما لو أداه أجنبي لم يكن له مقال. وظاهره إن كانت أموال الورثة غير طيبة. الشيخ: أما إن كانت أموالهم غير طيبة فله مقال إذا كان مال الميت أطيب منها. انظر بقية كلامه.

تنبيه: قال ابن غازي: اشتمل كلامه يعني المصنف على ثمانية أنواع من الأحد عشر نوعاً التي في المقدمات، وكأنه أسقط الثلاثة لرجوعها للثمانية كما أشار إليه في المقدمات انتهى. قلت: والثلاثة الباقية هي طرو الغريم على الغرماء والورثة فإن كان فيما أخذه الورثة كفاف دين الغرماء رجع عليهم كما تقدم في طرو الغريم على الورثة، وإن لم يكن فيه كفاف دينه رجع على الغرماء بقيمة دينه كالعمل في رجوع الغريم على الغرماء. والثانية: طرو الموصى له بجزء على الموصي له بجزء وعلى الورثة. والحكم فيها أن كان ما أخذه الورثة زائداً على الثلث كفاف الجزء الطارىء كان كطرو الموصى له بجزء على الورثة، وإن لم يكن فيه كفاف رجع بالباقي على الموصى لهم. والثالثة: طرو الغريم على الورثة والموصى لهم بأقل من الثلث.

وَإِنْ طَرَأَ: غَرِيمٌ، أَوْ وَارِثٌ، أَوْ مُوصًى لَهُ عَلَى مِثْلِهِ، أَوْ مُوصًى لَهُ بِجُزْءٍ عَلَى وَارِثٍ ٱتَّبَعَ كُلاً بِحِصَّتِهِ،

والحكم فيها أن ينظر، فإن كان ما قبضه الموصى له بجزء من الثلث بعد أداء الدين فلا رجوع للغريم عليه إلا في عدم الورثة، وإن كان لا يخرج من الثلث بعد ذلك فيرجع بالزائد على الثلث على من وجد من الموصى لهم مليئاً، وأما قدر الثلث فلا يرجع به على الموصى له إلا في عدم الورثة والله أعلم. ص: **(وإن طرأ غريم أو وارث أو موصى له على مثله أو موصى له بجزء على وارث اتبع كلاً بحصته)** ش: هذاإذا كان المقسوم عيناً، وأما إن كان داراً فإن للوارث نقض القسمة. قاله في المدونة وابن الحاجب. قال ابن الحاجب: ولو طرأ وارث والمقسوم كدار فله الفسخ، وإن كان المقسوم عيناً رجع عليهم، ومن أعسر فعليه إن لم يعلموا به. وقال أشهب: من أعسر فعلى الجميع. قال في التوضيح: قوله: «فله الفسخ» أي وله أن يكون شريكاً لكل واحد بما ينوبه انتهى. وقد تقدم لفظ المدونة ولفظ اللباب لابن راشد فتأمله والله أعلم.

مسألة: قال البرزلي في مسائل الشهادات: سئل المازري عمن قسم موروثه من ربع أو غيره بمعاينة أو غيرها ثم أخرج ولد الميت كتاباً بخط الميت أنه صار له ربع من التركة بمبايعة وطلب القيام، فهل يحلف أنه لم يرد هذا الكتاب إلا الآن وأنه لم يسقط حقه بعد عثوره؟ فأجاب: يحلف بعد القسمة أنه لم يعلم بالكتاب إلا الآن، لأن ظاهر القسمة تسليم الأملاك المقتسمة إلا أن يثبت المطالب أنه من أهل العدالة والدين بحيث لا يتهم. وأما حلفه أنه لم يسقط حقه بعد عثوره على الكتاب فيلزم إلا أن يظهر من طول زمانه بعد عثوره وقرائن الأحوال ما يستراب به حاله في إسقاط حقه فينظر في هذا انتهى. وقال في النوادر: ومن

هذا وراجع الفقه. **(وإن طرأ غريم أو وارث أو موصى له على مثله أو موصى له بجزء له على وارث اتبع كلاً بحصته)** أما مسألة طرو الغريم أو الوارث أو الموصى له على مثله فقال ابن رشد: المسألة الأولى: من الإحدى عشرة مسألة طرو الغريم على الغرماء. الثانية: طرو الوارث على الورثة. الثالثة: طرو الموصى له على الموصى له. حكم هذه المسائل الثلاث سواء، وهو أن يتبع الطارىء كل واحد منهم بما ينوبه ولا يأخذ المليء منهم بالمعدم، فإن وجد بأيديهم ما قبضوا قائماً لم يفت أخذ من كل واحد منهم ما يجب ولم تنتقض القسمة إن كان ذلك مكيلاً أو موزوناً، وإن كان ذلك عروضاً أو حيواناً انتقضت القسمة لما يدخل عليه من الضرر في تبعيض حقه. واختلف هل يضمن كل واحد منهم للطارىء ما ينوبه مما قبض إن قامت له بينة على هلاكه من غير سببه؟ راجع المقدمات مع ما تقدم عند قوله: «أو ثلث خير لا ربع». وأما مسألة طرو الموصى له بجزء على وارث فقال ابن رشد: المسألة التاسعة طرو الموصى له بجزء على الورثة، ذهب ابن القاسم إلى أن ذلك بمنزلة طرو الوارث

وَأُخِّرَتْ، لاَ دَيْنٌ لِحَمْلٍ، وَفِي الْوَصِيَّةِ: قَوْلاَنِ،

كتاب ابن سحنون سئل عمن ادعى داراً بيد امرأة أبيه أنها لأبيه تركها لورثته وسماهم، ثم جاء ببينة أخرى أن أباه أشهد له في صحته بنصفها صيرها إليه في حق له قبله من قبل ميراثه من أمه وذلك عند خروجه إلى الحج ثم رجع فسكنها حتى مات، فقال له الحاكم: قد ادعيتها أولاً ميراثاً والآن لنفسك، فقال: لم أعلم بهذه البينة الأخيرة. فقال سحنون: لا يقبل منه لأنه كذب بينته بدعواه الأولى. انتهى فتأمل ذلك مع ما تقدم والله أعلم. ص: **(وأخرت لحمل لا دين وفي الوصية قولان)** ش: يعني أن القسمة تؤخر إذا كان في الورثة حمل، ولا تقسم التركة حتى يوضع الحمل وإن قال له الورثة: نحن نجعل الحمل ذكراً ونعزل له ميراثه، قال ابن رشد: باتفاق. وأما قضاء الدين فلا يؤخر ويؤدى باتفاق، وفي إنفاذ الوصية قولان. هكذا حصل ابن رشد في شرح المسألة الثالثة من سماع أشهب من كتاب القسمة، وذكر فيه عن ابن أيمن أن الدين يؤخر أيضاً واعترضه وقال: إنه من الغلط الذي لا يعد خلافاً ولا حجة له. قال ابن عرفة في تغليطه ابن أيمن: وقوله: «لا حجة فيه له» نظر بل هو الأظهر وبه العمل عندنا ودليله من وجهين: الأول: أن الدين لا يجوز قضاؤه إلا بحكم قاض وحكمه يتوقف على ثبوت موت المديان وعدد ورثته، ولا يتصور عدد ورثته إلا بوضع الحمل، فالحكم متوقف عليه، وقضاء الدين متوقف على الحكم، والمتوقف على متوقف على أمر متوقف على ذلك الأمر. الثاني: أن حكم الحاكم متوقف على الإعذار لكل الورثة والحمل من جملتهم، ولا يتقرر الإعذار في جهته إلا بوصي ومقدم وكلاهما يستحيل قبل وضعه فتأمله. انتهى من آخر كتاب الفرائض من مختصره وذكرها هناك تبعاً لابن الحاجب.

قلت: ما استدل به لابن أيمن مبني على أنه لا يكفي في الحكم بالحمل ثبوت عدد الورثة الموجودين والحمل وأنه لا يكون للحمل وصي ولا ولي. وابن رشد: لا يسلم ذلك وهو الظاهر، وقد صرح في رسم مرض من سماع ابن القاسم من كتاب الدعوى والصلح بأن للناظر للحمل أن يصالح الزوجة على ميراثها إذا لم يكن فيه غرر كأن يترك زوجة حاملاً وبنين

على الورثة **(وأخرت لحمل لا دين وفي الوصية قولان)** أما مسألة الإرث فقال ابن رشد: من مات وترك امرأة وجب أن لا يعجل إرثه حتى تسأل، فإن قالت: إنها حامل وقفت التركة حتى تضع أو يظهر عدم حملها بانقضاء عدة الوفاة وليس بها حمل ظاهر، وإن قالت: لا أدري أخر الإرث حتى يتبين أن لا حمل فيها بأن تحيض حيضة أو يمضي أمد العدة ولا ريبة حمل بها. وكذا إن كان ولد فقالت زوجته: عجلوا لي ثمني لتحققه لي لم يكن لها ذلك انتهى. وأما مسألة الدين فقال الباجي: الصحيح أن الدين يؤدي ولا ينتظر به الوضع خلافاً لابن أيمن. وأما مسألة الوصية فسمع ابن القاسم أنها لا تنفذ حتى تلد، ورواه ابن أبي أويس أيضاً وقاله ابن مسلمة. قال: لأن ما يهلك من رأس المال وما يزيد فهو منه يريد فيكون الموصى له قد استوفى وصيته على غير ما ورث الورثة. وروى ابن نافع:

ونصه: ولا خلاف عندي في أن للناظر للحمل أن يجيز الصلح عليه ويمضيه إذا رآه نظراً له ولم يكن فيه غرر ولا فساد لعلم الزوجة بنصيبها، ولا في أن للناظر للحمل أن يصالح الزوجة عنه قبل أن يوضع إذا كان نصيبها معلوماً انتهى. وذكر في رسم العتق الثاني من سماع أشهب أن الورثة إذا عزلوا للحمل ميراثه على أنه ذكر وقسموا بقية الميراث لم يكن لهم رجوع على ما عزلوه للحمل إن نقص ما بأيديهم أو هلك، وإن تلف ما وقفوه له رجع عليهم إن وجدهم أملياء وإن أعدم بعضهم رجع على الأملياء فقاسمهم فيما بأيديهم ثم رجع هو وهم على العدماء، فإن نما ما بأيديهم كان له الرجوع في ذلك لأن قسمهم لا يجوز عليه، ولو نما ما وقفوه له لم يكن لهم في ذلك قول لأنهم قد رضوا بما أخذوا، فالقسمة تجوز عليهم ولا تجوز عليه. ولو كان للحمل ناظر قسم عليه لجازت القسمة لهم وعليهم. وقال بعد فيمن ترك زوجة حاملاً وأبوين: الواجب أن يوقف الميراث حتى تضع، فإن ترك الميت ولداً وجلعوا الحمل ذكراً وعزلوا له ميراثه واقتسموا ما بقي كانت مقاسمتهما، والحكم فيها على ما تقدم في المسألة التي قبلها. انتهى يعني ما تقدم. وقال في رسم الأقضية قبله: قال مالك في المبسوط: فإن جهل الورثة فأعطوها ميراثها ثم تلف المال بعد ذلك، لم أر أن يرجعوا عليها بشيء مما أعطوها. قال ابن القاسم مفسراً لقول مالك: أما من قاسمها فلا يرجع عليها بشيء، وأما الحمل فله أن يرجع على من كان من الورثة ملياً فليقاسمهم ما في أيديهم ويتبع هو وهم المعدمين لأنهم فعلوا ما لا يجوز لهم، ولو أعطاها الورثة والناظر لليتيم ثمنها أو صالحوها عنه لجاز ذلك، ولم يكن للورثة وللحمل رجوع عليها بما تلف من المال أو هلك أو نقص انتهى. وقال في رسم البز من سماع ابن القاسم من كتاب الوصايا بعد أن ذكر نحو ما ذكره في سماع أشهب من كتاب القسمة ما نصه: ومن قول ابن القاسم في المدونة وغيرها: أن من أثبت حقاً على صغير قضى له به عليه ولم يجعل للصغير وكيل يخاصم عنه في ذلك. فإذا قضى على الصغير بعد وضعه من غير أن يقام له وكيل فلا معنى لانتظار وضع الحمل لتأدية دين الميت، وهذا كله بيّن لا ارتياب فيه انتهى. وقال فيه: ولو كانت الوصية إنما هي بعدد من دنانير أو دراهم لوجب أن يعجل تنفيذ الوصية وتؤخر قسمة بقية المال حتى يوضع الحمل قولاً واحداً، إذ لا اختلاف في أن الوصية بالعدد كالدين في وجوب إخراجها من التركة قبل القسمة. انتهى.

فرع: فلو خلف الميت عقاراً وأراد بعض الورثة أن يبيع ما خصه منه مما هو له على كل حال كما لو أرادت الزوجة بيع الثمن ونحو ذلك، فلم أر الآن فيه نصاً صريحاً، والظاهر أنه جارٍ على القسمة. فعلى المشهور لا يجوز وإن وقع جاز عليها وعلى من معها من الكبار، ولا يجوز على الحمل إلا أن يجيزه الناظر على الحمل والله أعلم. وتقدم كلام الشامل في بيع الورثة قبل قضاء الدين في باب التفليس وكلام المودنة وأبي الحسن، وانظر البرزلي في مسائل القسمة.

وَقَسَمَ عَنْ صَغِير: أَبٌ، أَوْ وَصِيٌّ وَمُلْتَقِطٌ: كَقَاضٍ عَنْ غَائِبٍ، لاَ ذِي شُرْطَة أَوْ كَنَفَ أَخاً، أَوْ أَب عَنْ كَبِير، وَإِنْ غَابَ، وَفِيهَا: قَسْمُ نَخْلَةٍ، وَزَيْتُونَة إِنِ آعْتَدَلَتَا، وَهَلْ هِيَ قُرْعَةٌ وَجَازَتْ لِلْقِلَّةِ، أَوْ مُرَاضَاةٌ؟ تَأْوِيلاَنِ.

ص: **(وقسم عن صغير أب أو وصيه)** ش: اعلم أنه إذا كان الصغير متحداً وشريكه كبيراً أو أجنبياً فإنه يجوز قسم الوصي من غير مطالعة حاكم بلا خلاف، وأما إذا تعدد الصغار وكان الشريك كبيراً، فإن كان حظ الصغار مشتركاً جاز القسم أيضاً بلا خلاف، وإن كان حظ كل

تنفذ الوصية ويؤخر قسم الإرث حتى تلد. وقاله أشهب. **(وقسم عن صغير أب أو وصيه)** من المدونة قال ابن القاسم: يجوز أن يقاسم عن الصغير أبوه أو وصيه الدور والعقار أو غيرها، ملك ذلك بإرث عن أمه أو بغير ذلك. وقاله مالك. ولا يقسم الوصي على الأصاغر حتى يرفع ذلك إلى الإمام فيقسم بينهم إذا رآه نظراً. وإذا قاسم للصغير أبوه فحابى لم تجز محاباته في ذلك ولا هبته ولا صدقته في مال ابنه الصغير، ويرد ذلك إن وجد ولم تفت عينه. وإن كان الأب موسراً فإن فات ذلك ضمنه الأب. وفي نوازل ابن الحاج: القسمة بالتعديل بين الأيتام جائزة إذا ثبت السداد ولو كانت بالقرعة كانت أحسن. **(وملتقط)** من المدونة: يجوز قسم ملتقط اللقيط عليه **(كقاض عن غائب)** من المدونة قال ابن القاسم: إذا ورث قوم داراً والشريك غائب فأحبوا القسم فالقاضي يلي ذلك على الغائب ويعزل حظه، وكذلك هذا في الرقيق وجميع الأشياء. وانظر قد نصوا أنه جائز أن يقسم القاضي داراً هي بيد اثنين من غير ثبوت ملكها لهما، ويشهد القاضي في القضية أنه قسمها بينهما على أقدارهما **(لا ذي شرطة أو كفل أخاً)** تقدم في الحجر قول ابن سهل: كثير من جهال المفتين يتوهم أن لا يبيع على المحجور إلا القاضي ثم رشح أن من ولي يتيماً لقرابة أو لحسبة هو كالوصي يقسم له ويبيع. وقاله ابن القاسم في مولى اللقيط. ورُوي عن مالك أن صاحب الشرطة العدل في أحكامه يقسم على الصغار كالقاضي. راجع ابن سهل في الثلث الأخير في ترجمة القسم بين الصغار. ومن المدونة: إن رفعوا لصاحب الشرط فقسم بينهم لم يجز ذلك إلا بأمر قاضٍ. ومن تكفل أخاً له صغيراً أو ابن أخ احتساباً فأوصى له أحد بمال فقام فيه لم يجز بيعه له ولا قسمه **(أو أب عن كبير وإن غاب)** من المدونة: لا يجوز قسم الأب على ابنه الكبير وإن غاب ولا الأم على ابنها الصغير إلا أن تكون وصية **(وفيها قسم نخلة وزيتونة إن اعتدلا وهل هي قرعة للغلة أو مراضاة تأويلان)** من المدونة قلت: فإن كانت نخلة وزيتونة بين رجلين فهل يقتسمانهما؟ قال: إن اعتدلتا في القسم وتراضيا بذلك قسمتهما بينهما وإن كرها لم يجبرا. ابن يونس: قوله: «تراضيا» أي تراضيا بينهما عليهما فلذلك شرط الاعتدال. قال سحنون: ترك ابن القاسم قوله: «ولا يجمع بين صنفين مختلفين في القسم» انتهى ما لابن يونس. وقال عياض: وحمل بعضهم مسألة النخلة والزيتونة على قسمة القرعة. وقال سحنون: المراد بها قسمة المراضاة انتهى. وانظر هذا كله مع قول خليل: «وهل هي قرعة للغلة» مع ما تقدّم عند قوله: «لا كحائط فيه شجر مختلفة». ومن نوازل الشعبي: سئل أبو إبراهيم عن توتة بين رجلين اقتسماها وحبس

باب القراض

الْقِرَاضُ:

واحد متميزاً فاختلف فيه على قولين بالجواز والكراهة. وأما إذا كان القسم إنما هو بين الصغار فقط ففي ذلك ثلاثة أقوال: مذهب المدونة عدم الجواز، وقيل: بالكراهة، وقيل: بالجواز والله أعلم. وأما إن كان القسم بين الأب وبنيه أو بين الوصي ومحاجيره فقال ابن ناجي في شرح قول المدونة: ويقاسم عن الصغير أبوه أو وصيه. أبو إبراهيم الأعرج: أي مع الأجانب، وأما مع الأب أو الوصي فليرفع إلى القاضي انتهى. وقال ابن عرفة: وسمع القرينان: قوله: «لامرأة وصية على ولدها خذي ثمن المتروك واقسمي ما بقي بأمر العدول لا السلطان» ابن رشد: ظاهره جواز قسمها لنفسها على أولادها بأمر العدول دون السلطان، والمشهور المعلوم أنه لا يجوز إلا بأمر السلطان، فإذا فعلت نقض قسمها إلا أن يجيزه السلطان. وقيل: يجوز إن علم السداد والنظر فيه لهم وهو قوله في هذا السماع، لأنه إنما شرط العدول ليشهدوا بالسداد انتهى. والمسألة في سماع أشهب وابن نافع في رسم الوصايا من كتاب الوصايا الثاني والله أعلم.

فرع: قال ابن عرفة: المتيطي: قسم الوصي على يتيمه بالسهم جائز، وفي جواز قسمه عليه مراضاة بالتعديل قولا ابن أبي زمنين مع ابن القطان والباجي محتجاً بمسألة الرهون وابن الهندي انتهى. ومقتضى كلامه أن القول بعدم الجواز لابن الهندي فقط، وقال قبله المتيطي: إن شركهم الوصي مع غيرهم ففي جواز مقاسمتهم له ومعهم الأجنبي مراضاة قول ابن أبي زمنين وغيره والله تعالى أعلم.

باب القراض

قال في المقدمات: القراض مأخوذ من القرض وهو ما يفعله الرجل ليجازى عليه من خير أو شر، فلما كان صاحب المال والعامل فيه متفقين جميعاً يقصد كل واحد منهما إلى منفعة صاحبه لينفعه هو، اشتق له من معناه اسماً وهو القراض، والمقارضة لأنه مفاعلة من اثنين، هذا اسمه عند أهل الحجاز، وأهل العراق لا يقولون قراضاً ألبتة ولا عندهم كتاب القراض، وإنما

أحدهما حصته على مسجد فاندق غصن واحد فأجاب: هذه قسمة غير جائزة، وما اندق بينهما مشترك أيضاً بين المسجد، وبين الذي له فيها النصف. ابن شاس.

كتاب القراض

وفيه ثلاثة أبواب: الأول: في أركان صحته وهي خمسة: رأس المال والعمل والربح والعاقدان. الباب الثاني: في حكم القراض وشروطه. الباب الثالث: في التفاسخ والتنازع (القراض

تَوْكِيلٌ عَلَى تَجْرٍ، فِي نَقْدٍ

يقولون مضاربة وكتاب المضاربة أخذوا ذلك من قوله تعالى: ﴿وإذا ضربتم في الأرض﴾ [النساء: ١٠١] ﴿وآخرون يضربون في الأرض﴾ [المزمل: ٢٠] وذلك أن الرجل في الجاهلية كان يدفع إلى الرجل ماله على الخروج به إلى الشام وغيرها فيبتاع المتاع على هذا الشرط. وفي قول الصحابة لعمر رضي الله عنه في قصة عبد الله وعبيد الله: «لو جعلته قراضاً» دليل على صحة هذه التسمية في اللغة لأنهم هم أهل اللسان وأرباب البيان، وإذا كان يحتج في اللغة بقول امرىء القيس والنابغة فالحجة بقول هؤلاء أقوى وأولى اهـ. وفي الذخيرة: له اسمان: القراض والمضاربة، أما لفظ القراض فقال صاحب العين: أقرضت الرجل إذا أعطيته ليعطيك، فالمقارض يعطي الربح كما يعطي المقترض مثل المأخوذ. قال غيره: هو من المقارضة وهي المساواة ومنه تقارض الشاعران إذا تساويا في الإنشاد لأنهما يستويان في الانتفاع بالربح، وقيل: من القرض الذي هو القطع لأنك قطعت له من مالك قطعة وهو قطع له مما تحت يده أو لاشتراكهما في العقد على سبيل المجاز من باب لك جزء من الربح الحاصل بسعيه. وسمي مقارضاً مع أن المفاعل لا يكون إلا من المفاعلة التي لا تكون إلا من اثنين، إما لأن كلاً منهما يساوي صاحبه في الربح أو يقطع له مما تحت يده، أو لاشتراكهما في العقد على سبيل المجاز من باب التعبير بالمتعلق عن المتعلق، أو هو من الصيغ التي لا تقتضي المشاركة نحو «سافر» و«عافاه» الله و«طارقت النعل» إذا حعلته طاقاً على طاق وأما المضاربة فهو إما أن كليهما يضرب في الربح بنصيب، وإما من الضرب في الأرض الذي هو السفر. قال ابن عطية في تفسيره: فرق بين ضرب في الأرض وضرب الأرض أن الأول للتجارة، والثاني للحج والغزو والقربات، كأنه للتجارة منغمس في الأرض ومتاعها فقيل: ضرب فيها، والمتقرب إلى الله تعالى بريء من الدنيا فلم يجعل فيها. وسمي مفاعلة على أحد التأويلات المتقدمة في المقارض، والمقارِض بالكسر رب المال، وبالفتح العامل. والمضارب بالكسر العامل عكس الأول لأنه هو الذي يضرب بالمال. قال بعض اللغويين: ليس لرب المال اسم من المضاربة بخلاف القراض اهـ. وفي اصطلاح الفقهاء ما قال المؤلف: «توكيل» الخ وعدل عن أن تكون إجارة كما قال ابن الحاجب لسلامة ما قال المؤلف من بعض ما ورد عليه. قال في التوضيح: أورد على حده أنه غير مانع وغير جامع. أما عدم منعة فلأنه لا ينعقد بلفظ الإجارة، فلو قال: أجرتك على هذا التجر في هذا المال بجزء من ربحه صدق عليه الحد وليس بقراض. وأيضاً فلو أجره على التجر إلى أجل أو قارضه بعروض لم يكن قراضاً صحيحاً. وأما عدم جمعه فلأنه يجوز القراض على أن يكون الربح لغيرهما أو لأحدهما. وأجيب عن عدم منعه بأن حقيقة القراض ما ذكره وكونه

توكيل على تجر). ابن عرفة: القراض تمكين مال لمن يتجر به بجزء من ربحه لا بلفظ إجارة **(في نقد**

....

لا ينعقد بلفظ الإجارة شرط في الصيغة، وكذا كونه لا يكون إلى أجل شرط في العمل، وكذا كونه لا يكون بعرض شرط في المال والشرط لا يتوقف تصور الماهية عليه. وأجيب عن عدم جمعه بأن الصورة المقترض بها إنما هي من باب التبرعات وإطلاق القراض عليها مجاز انتهى. وقال ابن عرفة: القراض تمكين مال لمن يتجر به بجزء من ربحه لا بلفظ إجارة، فيدخل بعض الفاسد كالقراض بالدين والوديعة، ويخرج عنه قولها قال مالك: من أعطى رجلاً مالاً يعمل به على أن الربح للعامل ولا ضمان على العامل لا بأس به. عياض: قال سحنون: هو ضامن كالسلف. فضل هذا إن لم يشترط أن لا ضمان عليه. محمد: إن قال خذه قراضاً فهو ضامن. الباجي: يجوز شرط كل الربح لأحدهما في مشهور مذهب مالك، وإن أريد إدخاله على أنه قراض قيل عقد على التجر بمال العوض ليس من غير ربحه انتهى. ويخرج من الأخير ما إذا شرط الربح لرب المال فتأمله والله أعلم. وحكمه قال في التوضيح: لا خلاف بين المسلمين في جوازه وهو مستثنى من الإجارة المجهولة ومن السلف بمنفعة، وهو معنى قول بعض شيوخنا إنه سنة أي أباحته السنة، والرخصة فيه جائزة بالسنة لا بمعنى السنة التي يحض على أمثالها، ولهذا قال ابن عبد الحكم: لا أقول هي سنة انتهى. قال ابن عرفة: وقول عياض: «هي مستثناة من السلف بمنفعة» يرد بأنه ليس بمضمون وكل سلف مضمون انتهى. وحكمة مشروعيته قال في المقدمات: والقراض مما كان في الجاهلية فأقر في الإسلام لأن الضرورة دعت إليه لحاجة الناس إلى التصرف في أموالهم وتنميتها بالتجارة فيها، وليس كل أحد يقدر على ذلك بنفسه فاضطر فيه إلى استنابة غيره، ولعله لا يجد من يعمل له فيه بإجارة لما جرت عادة الناس فيه في ذلك على القراض فرخص فيه لهذه الضرورة، واستخرج بسبب هذه العلة من الإجارة المجهولة على نحو ما رخص فيه في المساقاة وبيع العرية والشركة في الطعام والتولية فيه انتهى.

فائدة: قال في المقدمات: أول قراض كان في الإسلام قراض يعقوب مولى الحرقة مع عثمان رضي الله عنه، وذلك أن عمر رضي الله عنه بعث من يقيم من السوق من ليس بفقيه فأقيم يعقوب فيمن أقيم فجاء إلى عثمان فأخبره فأعطاه مزودتين قراضاً على النصف وقال: إن جاءك من يعرض لك فقل: له المال لعثمان، فقال ذلك فلم يقم فجاء بمزودين، مزود رأس المال ومزود ربح. ويقال: إن أول قراض كان في الإسلام قراض عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب رضي الله عنهم، خرجا في جيش إلى العراق فلما قفلا مرا على أبي موسى الأشعري وهو أمير البصرة فرحب بهما وسهل ثم قال: لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت ثم قال: بل ها هنا مال من مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين فأسلفكماه فتبتاعان به متاعاً من متاع العراق ثم تبيعانه بالمدينة فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين ويكون لكما الربح فقالا: وددنا ففعل وكتب إلى عمر رضي الله عنه أن يأخذ منهما المال. فلما قدما باعا فربحا، فلما دفعا ذلك إلى أمير المؤمنين قال: أكل الجيش أسلفه مثل الذي أسلفكما؟ قالا: لا، فقال عمر:

....

ابنا عمر أمير المؤمنين فأسلفكما أديا المال وربحه، فأما عبد الله فسكت، وأما عبيد الله فقال: ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا، لو هلك المال أو نقص لضمناه فقال عمر: أدياه فسكت عبد الله وراجعه عبيد الله فقال رجل من جلساء عمر: يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً؟ فقال عمر: قد جعلته قراضاً فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه وأخذ عبد الله وعبيد الله نصف الربح انتهى. قال في الذخيرة: ويقال: إن الرجل عبد الرحمن بن عوف ثم قال: سؤال أبو موسى حاكم عدل وقد تصرف بوجه المصلحة لأن المال يصير مضموناً في الذمة فهو أولى من بعثه على وجه الأمانة مضافاً إلى الحرام من ينبغي إكرامه، فهو تصرف جامع للمصالح فيتعين تنفيذه وعدم الاعتراض عليه. جوابه: أن عدم التعرض إنما هو بين النظراء من الأمراء، أما الخليفة فله النظر في أمر نوابه وإن كان سداداً أو نقول: كان في هذا التصرف تهمة تتعلق بعمر بسبب أنه إكرام لبنيه فأراد إبطالها والذب عن عرض الإمامة بحسب الإمكان انتهى. وقوله: «قد تصرف فيه بوجه المصلحة لأن المال يصير مضموناً في الذمة» فيه نظر، لأنه لو كان الدفع لهذا القصد أو له ولغيره كان هذا هو السفاتج والمشهور من مذهب مالك أنه غير جائز، ولهذا قال الباجي في شرح هذا الأثر من الموطأ: لم يرد رضي الله إحراز المال في ذمتهما وإنما أراد منفعتهما بالسلف ومن مقتضاه ضمانهما المال، وإنما يجوز السلف لمجرد منفعة التسلف. ثم قال: وسواء كان المسلف صاحب المال أو غيره ضمن له النظر عليه من إمام أو قاضٍ أو وصي أو أب، فلا يجوز للإمام أن يسلف شيئاً من مال المسلمين ليحرزه في ذمة المتسلِّف، وكذلك القاضي والوصي ثم قال: وفعل أبي موسى هذا يحتمل وجهين: أحدهما: أن يكون فعل هذا لمجرد منفعة عبد الله وعبيد الله وجاز له ذلك وإن لم يكن الإمام فوض له لأن المال كان بيده بمنزلة الوديعة لجماعة المسلمين فاستسلفه بإسلافهما إياه، فلو تلف المال ولم يكن عند عبد الله وعبيد الله وفاء لضمنه أبو موسى. والوجه الثاني: أن يكون لأبي موسى النظر في المال بالتثمير والإصلاح، وإذا أسلفه كان لعمر الذي هو الإمام تعقب فعله فتعقبه ورده إلى القراض انتهى.

نكتة: قال في المنتقى أيضاً: وقول عمر: «أكل الجيش أسلفه الخ» تعقب منه لفعل أبي موسى ونظر في تصحيح أفعاله وتبيين لموضع المحظور منه لأنه لا يخفى على عمر أنه لم يسلف كل أحد من الجيش وإنما أراد أن يبين لابْنَيْهِ موضع المحاباة لموضعهما من أمير المؤمنين، وهذا مما كان يتورع عنه أن يخص أحد من أهل بيته أو ممن ينتمي إليه بمنفعة من مال المسلمين لمكانه منه. وقوله: «أديا المال وربحه» نقض منه لفعل أبي موسى وتغيير لسلفه. قال ابن دينار: وإنما كره تفضيل أبي موسى لولديه ولو لم يكن يلزمهما وهذا على قولنا: إن أبا موسى استسلف المال وأسلفهما إياه لمجرد منفعتهما وأن المال كان بيده على وجه الوديعة، وأما إذا قلنا: إنه بيده على وجه التثمير والإصلاح فإن لعمر تعقبه والتكلم فيه والنظر في ذلك لهما وللمسلمين بوجه الصواب، وقوله لولديه بعد اجتماع عبيد الله وعبد الله: «أديا المال وربحه» إعراض عن حجة

مَضْرُوبٍ، مُسَلَّم

عبيد الله لأن المبضع معه يضمن البضاعة إذا اشترى بها لنفسه، وإن دخلها نقص جبره ومع ذلك فإن ربحها لرب المال. انتهى باختصار.

تنبيه: قال في الذخيرة: سؤال: كيف يمكن جعله قراضاً بعد ما كان قرضاً وإلزام ذلك في القرض خلاف الإجماع وأكل المال بالباطل لأن الربح ملك للمقترض إجماعاً فأخذه غصب؟ جوابه: قال الطرطوشي في سراج الملوك: جعل عمر رضي الله عنه انتفاعهم بجاه العمل للمسلمين له نصف الربح كأن المسلمين ساعدوهما في ذلك وهو مستنده في تشطير عماله في أموالهم فهو كالقراض انتهى. وإيراد السؤال على هذا الوجه إذا تؤمل لا يخلو من نظر، لأنه قد قرر أن لعمر رضي الله عنه نقض فعل أبي موسى فله أخذه جميع الربح، وينبغي أن يقال: كيف يمكن أن يكون قراضاً وهما إنما دخلا على أنه قرض، وغاية ما هناك أنه كان لعمر رد فعل أبي موسى وإمضاؤه فإما أن يرد الجميع أو يمضي الأمر على ما هو عليه؟ فالجواب عنه ما قال الباجي ونصه: والقراض الذي أشار إليه الرجل من جلساء عمر أحد نوعي الشركة يكون فيها المال من أحد الشريكين والعمل من الثاني، والنوع الثاني من الشركة أن يتساويا في المال والعمل.انتهى والله الموفق. **ص: (مضروب) ش:** ظاهره أن المضروب يجوز القراض به كان التعامل به أو في التبر، كما لو فرض أن السكة المضروبة لا يتعامل بها في بلد أصلاً كما في غالب بلاد السودان على ما قيل. وقد نقل الشيخ زروق في شرح الرسالة عن التنبيهات أنه لا يجوز القراض به حينئذ ولعله فهمه من كلامه فإني لم أر من صرح به، لا في التنبيهات ولا في غيرها، لأن القاضي قال: ولا خلاف أنه جائز بالدنانير والدراهم غير جائز بالعروض ما كانت. واختلفوا في الشروط التي بها يصح فعندنا أن شروطه عشرة: نقد رأس المال للعامل، وكونه معلوماً وكونه غير مضمون على العامل، وكونه مما يتبايع به أهل بلد من العين مسكوكاً كان أو غير مسكوك، ومعرفة الجزء الذي تقارضا عليه من ربحه، وكونه مشاعاً لا مقدراً بعدد ولا تقدير، وأن لا يختص أحدهما بشيء معين سواء إلا ما يضطر إليه العامل من نفقة ومؤنة في السفر، واختصاص العامل بالعمل، وأن لا يضيق عليه بتحجير أو بتخصيص يضر بالعامل، وأن لا يضرب له أجل انتهى. فقوله: «وكونه مما يتبايع به الخ» ربما يفهم منه ما قاله الشيخ زروق.

تنبيه: قال أبو الحسن الصغير في قوله: «ولا تقدير» ذكر بعضهم أن ابن شاس فسره بأنه مثل ما قارض به فلان انتهى فتأمله. ثم قال بعد أن ذكر هذه الشروط: فإذا توفرت هذه الشروط جاز القراض، وإن اختل منها شرط فسد القراض انتهى. **ص: (مسلم) ش:**أي للعامل

مضروب). ابن شاس: القراض جائز بالدنانير والدراهم وكذلك النقر والإتبار أعني تبر الذهب والفضة

بِجُزْءٍ مَنْ رِبْحِهِ، إِنْ عُلِمَ قَدْرُهُمَا، وَلَوْ مَغْشُوشاً،

واحترز به مما إذا شرط بقاء يده معه أو أميناً عليه ومما لو قارضه بدين في ذمته. وقد زاد ابن الحاجب لإخراج ذلك قيداً آخر فقال: المال شرطه نقد معين معلوم مسلم ثم قال: ولا يجوز بدين ولو أحضره. قال في التوضيح: هذا يتعلق بقوله: «معين» لأن الدين ليس بمعين فلا يجوز لرب الدين أن يقول لمدينه: اعمل بالدين الذي في ذمتك قراضاً. مالك في المدونة: ولو أحضره إلا أن يقبضه منه ويعيده عليه. ابن القاسم: مخافة أن يكون أخره به ليزيده فيه. اللخمي: ولأنهما قد يظهران القراض ويبطنان أن يأتيه ربح من دينه فيكون فسخ دين في دين. اللخمي والمازري: وينزل منزلة القبض إحضاره مع الإشهاد. انتهى وسيذكر ذلك المصنف. **ص: (إن علم قدرهما) ش:** تصوره واضح وسيصرح المؤلف ببعض مفهومه ومنه ما قال ابن عرفة: وشرط ابن شاس كون المال معلوماً قال: احترازاً من دفع صرة عيناً قراضاً لأن جهل المال يؤدي إلى جهل الربح واضح من مقتضى الروايات انتهى. وفي الشامل: ولا يجوز بمجهول وزن. انتهى. **ص: (ولو مغشوشاً) ش:** أشار بهذا لقول ابن الحاجب: ويجوز بالمغشوش على الأصح انتهى. وظاهر كلام المؤلف وابن الحاجب أن الأصح يجوز به مطلقاً، ومقابله لا يجوز مطلقاً، وكذا فهمه في التوضيح وقبله وعزا مقابل الأصح لعبد الوهاب وأن الباجي قيده ببلد لا يتعامل بالمغشوش مطلقاً. قال الباجي في المنتقى مسألة: وأما المغشوش من الذهب والفضة فحكى القاضي أبو محمد أنه لا يجوز القراض به مضروباً كان أو غير مضروب وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: إن كان الغش النصف فأقل جاز، وإن كان أكثر من النصف لم يجز، واستدل القاضي بأن هذه دراهم مغشوشة فلم يجز القراض بها، أصل ذلك إذا زاد الغش على النصف. والذي عندي أنه إنما يكون ذلك إذا كانت الدراهم ليست بالسكة التي يتعامل الناس بها، فإذا كانت سكة التعامل فإنه يجوز القراض بها لأنها قد صارت عيناً وصارت أصول الأثمان وقيم المتلفات، وقد جوز أصحابنا القراض بالفلوس فكيف بالدراهم المغشوشة. ولا خلاف بين

في البلد الذي يجري ذلك فيه ولا يتعامل عندهم بالمسكوك. اللخمي: يجوز القراض بالنقد في البلد الذي يتبايعون به فيه ولا خلاف في ذلك. **(مسلم بجزء من ربحه)**. ابن رشد: سنة القراض أن يدفع الرجل إلى الرجل المال على أن يعمل فيه على جزء من الربح يتفقان عليه **(إن علم قدرهما)**. ابن عرفة: شرط المال كونه معلوماً محوزاً ويجب أن يكون حظ العامل جزءاً من الربح معلوم النسبة منه **(ولو مغشوشاً)**. الباجي: المغشوش من الذهب والفضة حكى عبد الوهاب: لا يجوز القراض به مضروباً كان أو غير مضروب وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: إن كان الغش النصف فأقل جاز، وإن كان أكثر من النصف لم يجز. قال الباجي: وهذا إذا لم تكن من السكة التي يتعامل بها، فأما إن كانت سكة التعامل فيجوز القراض بها لأنها صارت أصول الأثمار وقيم المتلفات، وقد جوز القراض بالفلوس فكيف بهذه؟ ولا خلاف عندنا في تعلق الزكاة بها ولو كانت عروضاً لم تتعلق الزكاة

لاَ بِدَيْنٍ عَلَيْهِ، وَٱسْتَمَرَّ، مَا لَمْ يُقْبَضْ، أَوْ يُحْضِرْهُ، وَيُشْهِدْ،

أصحابنا في تعلق الزكاة بأعيانها، ولو كانت عروضاً لم تتعلق الزكاة بأعيانها وإن اعترض في ذلك أنه يجوز أن تقطع فتستحيل أسواقها فمثل ذلك يعترض في الدراهم الخالصة إذا قطع التعامل بها انتهى. ولم ينقل ابن عرفة غيره ونصه: ومنعه القاضي بالعين مغشوشة، الباجي: إلا حيث يتعامل بها لتقويم المتلف بها كالطيبة والاتفاق على تعلق الزكاة بها. ومقابل ابن الحاجب تجوز بالمغشوش على الأصح، فقول ابن عبد السلام: «بإطلاق» يرد باتفاق القاضي والباجي على منعه حيث لا يتعامل به انتهى. وقوله: «مقابل» لعله، وقول ابن الحاجب وهو الذي يظهر من معنى الكلام ويدل عليه نقل الباجي كلام ابن عرفة في شرح الرسالة، ولم يذكر في الجواهر ولا في الذخيرة غير كلام القاضي والباجي. فتأمله. وقال في الجواهر إثر كلام الباجي: والضابط لهذا الحكم أن كل ما تختلف قيمته بالارتفاع والانخفاض لا يجوز أن يجعل رأس المال لأنه إذا رد بالأجرة إليه لم يتميز الربح إذ ربما ارتفعت قيمته فيستغرق رأس المال جميع الربح أو بعضه، أو تنقص قيمته فيصير بعض رأس المال ربحاً. انتهى والله أعلم. ص: **(ما لم يقبض أو يحضره ويشهد)** ش: يحتمل أن يكون راجعاً لقوله: «لا بدين» ويحتمل أن يرجع إلى قوله «واستمر» وهو الظاهر من كلام ابن عبد السلام. قال في شرحه: لا يجوز أن يكون رأس المال ديناً على العامل ثم قال: فإن وقع ذلك وأحضر الدين قبل التجربة وأشهد على وزنه وزال عنه ضمانه وقبضه منه كان الربح بينهما والخسارة على رب المال انتهى. وقوله: «ما لم يقبض» نحوه في المدونة. ومقتضاه أنه بمجرد القبض ويصح القراض وإن أعاده بالقرب وهو كذلك. وانظر التوضيح وأبا الحسن والله أعلم.

فرع: فإن عمل به قبل الإشهاد عليه قال في التوضيح: ففي الموازية: الربح للعامل والخسارة عليه. وقال أشهب: الربح بينهما واختلف في التأويل عليه. فقال اللخمي: وعلى قوله تكون الخسارة من صاحب المال. وقال التونسي: لا يصدق وإن ادعى الخسران إلا ببينة. وحكى ابن يونس وابن رشد وغيرهما عن أشهب أنه قال: هو مكروه، فإن نزل مضى وهو ظاهر ما نقله المصنف عنه لأن قوله: «يستمر ديناً» خلافاً لأشهب يقتضي أنه عنده لا يستمر

بأعيانها، ولا يعترض بأنها يجوز أن تقطع فتستحيل أسواقها فمثل ذلك يفرض في الدراهم الخالصة **(لا بدين عليه)** من المدونة قال مالك: وإن كان لك عند رجل دين فقلت: اعمل به قراضاً لم يجز، وكذلك لو أحضره فقال له خذه قراضاً لم يجز إلا أن يقبضه منه ثم يعيده إليه. قال ابن القاسم: خوف أن يكون إنما اعترى أن يؤخره بالدين ويزيده والوديعة مثله لأني أخاف أن يكون أنفق الوديعة فصارت عليه ديناً **(واستمر)**. ابن عرفة فيها: منعه بدين على العامل فإن نزل فالربح والوضيعة للعامل. **(ما لم يقبض)** تقدم نص المدونة: إلا أن يقبضه منه ثم يعيده **(أو يحضره ويشهد)**. اللخمي: القراض بالدين إن كان على العامل لم يجز ابتداء، فإن نزل ذلك وأحضر العامل المال وأشهد على وزنه وزال

وَلاَ بِرَهْنٍ، أَوْ وَدِيعَةٍ، وَلَوْ بِيَدِهِ، وَلاَ بِتِبْرٍ لَمْ يُتَعَامَلْ بِهِ بِبَلَدِهِ: كَفُلُوسٍ،

ديناً بل يبقى قراضاً. وحكى ابن عبد البر عن أشهب أن ما اشترى وباع فلرب المال وللعامل أجر مثله. وحكى ابن حارث عن محمد بن عبد الحكم أن الربح بينهما والخسارة على رب المال على أصل القراض. وهذا مثل قول أشهب بالكراهة انتهى. **ص: (ولا برهن أو وديعة) ش:** ظاهر كلام ابن رشد في سماع سحنون أن حكم القراض بالوديعة إذا وقع قبل قبضها حكم القراض بالدين على مذهب المدونة. **ص: (ولا تبر لم يتعامل به ببلده) ش:** أما إذا كان يتعامل به فالاتفاق على جواز القراض به، وإن لم يتعامل به فالذي رجع إليه مالك منع القراض به وهو المشهور. قال في التوضيح.

فرع: فإن وقع على المشهور ففي الموازية عن ابن القاسم يمضي بالعمل. وقال أصبغ: لا يفسخ عمل به أم لا لقوة الخلاف فيه. ابن حبيب: وإذا عمل بالنقار رد مثلها عند المفاصلة إن عرف وزنها، وإن لم يعرف فرأس المال ما باعه به أو ما خرج في الضرب انتهى. وقال في الشامل: فإن نزل مضى بالعمل، وقيل: وقبله ورد مثله عند المفاصلة إن عرف وزنه وإلا فما بيع به أو خرج في الضرب إلا أن يقول: بعها واشترها فليرد ثمنها أو ما صرفها به فإن شرط صرفها أو ضربها على العامل فله أجره في ذلك إن كان له مؤنة وقراض مثله انتهى. والفرق بين اشتراط ربها صرفها أو بيعها وعدم اشتراطه ذلك مع علمه أن مآل أمرها لذلك أنه مع الاشتراط إنما أراد أن يكون القراض بعد نضوض المال، ومن لم يشترط جعلها قراضاً من يوم دفعت أشار إلى هذا الفرق في التوضيح عن بعض القرويين. **ص: (كفلوس) ش:** يريد ولو كان التعامل بها كما يفهم من أول كتاب القراض من المدونة. وقال في الشامل: ولا تجوز بالفلوس على الأصح، وثالثها إن كثرت ورابعها الكراهة، وعلى المنع فله أجره في بيعه وقراض مثله فيما نض ويرد فلوساً انتهى. وفي هذا الكلام سقوط وصوابه، وقيل: يمضي ويرد فلوساً. قال في التوضيح: الباجي: وإذا قلنا بالمنع فقال محمد: القراض بالنقار أخف والفلوس

عن ضمانه كان الربح بينهما على ما دخلا عليه والخسارة من رب المال **(ولا برهن)**. ابن المواز: من أعرته دنانير فلا تدفعها إليه قراضاً حتى تقبضها ولو كان عرضاً لم يجز. ومن لك عنده دنانير رهناً فقارضته بها لم يجز حتى يردّها، وإن كانت بيد أمين فلا ينبغي أن تعطيها للأمين قراضاً حتى تؤدّي الحق إلى ربه **(أو بوديعة وإن بيده)** هذه العبارة تضمنت صورتين: أما الواحدة فقد تقدم نص المدونة: «الوديعة مثل الدين خوف أن يكون أنفقها» فانظر أنت الصورة الأخرى إن كان الرهن بيد أمين فلا تعطه للأمين قراضاً حتى يؤدي الحق لربه **(ولا بتبر لم يتعامل به ببلده)** تقدم نص ابن رشد: تجوز بالنقد والإتبار في البلد الذي لا يتعامل فيه بالمسكوك **(كفلوس)** من المدونة قال ابن القاسم: لا يجوز القراض بالفلوس لأنها تحول إلى الفساد والكساد. ابن حبيب: فإن نزل مضى ورد فلوساً مثلها

وَعَرَضٍ، إِنْ تَوَلَّى بَيْعَهُ: كَأَنْ وَكَّلَهُ عَلَى دَيْنٍ، أَوْ لِيَصْرِفَ، ثُمَّ يَعْمَلَ، فَأَجْرُ مِثْلِهِ فِي تَوَلِّيهِ، ثُمَّ قِرَاضُ مِثْلِهِ فِي رِبْحِهِ: كَلَكَ شِرْكٌ، وَلاَ عَادَةَ، أَوْ مُبْهَمٍ، أَوْ أُجِّلَ، أَوْ ضُمِّنَ؛

كالعروض، وهذا يقتضي الفساد ويكون له في بيع الفلوس أجرة مثله وفيما نض من ثمنها قراض مثله، وقال أصبغ: هي كالنقار، وقال ابن حبيب مثله ويرد فلوساً زاد غيره في قول ابن حبيب: إلا أن يشترط عليه أن يصرفها ثم يعمل بها فيكون الحكم كما فهمه الباجي من قول محمد والله أعلم. ص: **(وعرض إن تولى بيعه)** ش: يعني أنه لا يجوز أن يكون رأس المال القراض عرضاً على أنه رأس المال، ويرد مثله عند المفاصلة لاحتمال أن يغلي غلواً يستغرق رأس المال والربح فيؤدي إلى بطلان عمل العامل ويرخص فيأخذ العامل بعض رأس المال، ولا على أن رأس المال قيمته الآن أو عند المفاصلة وكأنه والله أعلم للغرر، ولا على أن يبيعه ويكون ثمنه رأس المال. قال في المدونة: ويفسخ ذلك وإن بيع ما لم يلعم بالثمن. وقيد اللخمي المنع بما إذا كان في بيعه كلفة ولذلك أجرة لها خطب قال: وإن كانت الأجرة لا خطب لها أو كان يعلم أنه يتكلف ذلك ولو لم يعطه إياه قراضاً أو يقول: كلف من يبيع ويأتيك بالثمن ولم يلتفت المصنف لتقييد اللخمي وجعله خلافاً. وقال المازري: لو قال: آخذ هذا العرض وأمضي به إلى البلد الفلاني وأدفعه إلى فلان يبيعه ويقبض ثمنه فخذه منه واعمل به قراضاً بيني وبينك، فإن ذلك جائز بلا خلاف ولا يدخله القراض بالعروض لأن المدفوع إليه العروض ولا يتولى البيع بنفسه، انتهى من التوضيح. واعتمده المصنف لقول المازري بلا خلاف فقال: إن تولى بيعه والله أعلم. ص: **(أو أجل أو ضمن)** ش: قال في المدونة: وما لم يشترط زيادة لأحدهما من

(وعرض) من المدونة قال ابن القاسم: لا خير في القراض بطعام أو عرض كان مما يكال أو يوزن أولاً للغرر بتغير الأسواق عند المفاصلة ويفسخ ذلك. وإن بيع ما لم يعمل بالثمن، فإن عمل فله أجر مثله في بيعه وقراض مثله في الثمن ولا ينظر إلى ما شرط له من الربح **(إن تولى بيعه)** انظر هذا مع ما تقدم ومع ما يتقرر. قال ابن عرفة: المذهب منع القراض بعرض ولو مثلياً. اللخمي: إن كان لا خطب لبيع العرض أو علم أن يبيعه له ولو لم يأخذه قراضاً أو قال له كلف من يبيعه ويأتيك بالثمن اجعله قراضاً جاز، فإن دخلا على رد مثل العرض الذي أعطاه أو قيمته لم يجز **(كأن وكله على دين أو ليصرف ثم يعمل بأجر مثله في تولية ثم قراض مثله في ربحه)** من المدونة: لا يجوز أن يقارضه بدين على غيره يقتضيه، وكذلك إن دفعت إليه دنانير ليصرفها ثم يعمل بها وله أجر التقاضي وأجر الصرف وقراض مثله إن عمل. اللخمي: إن كان الدين على حاضر موسر غير معسر جاز **(ككل شرك)** من المدونة قال ابن القاسم: من دفع إلى رجل مالاً قراضاً ولم يسم ماله من الربح وتصادقا على ذلك فله قراض المثل إن عمل، وكذلك إن قال: له شرك في المال ولم يسم كان على قراض مثله إن عمل **(ولإعادة)**. ابن شاس: إن كان لهم عادة أن يكون على النصف أو على الثلث فهو على ما اعتادوه **(أو مبهم)** تقدّم نص المدونة: ولم يسم ماله من الربح **(أو أجل)** من المدونة قال مالك: إن

أَوِ اشْتَرِ سِلْعَةَ فُلاَنٍ، ثُمَّ اتَّجِرْ فِي ثَمَنِهَا؛ أَوْ بِدَيْنٍ، أَوْ مَا يَقِلُّ وُجُودُهُ: كَاخْتِلاَفِهِمَا فِي الرِّبْحِ، وَادَّعَيَا مَا لاَ يُشْبِهُ وَفِيمَا فَسَدَ غَيْرُهُ: أُجْرَةُ مِثْلِهِ فِي الذِّمَّةِ:

القراض الفاسد ففيه إن نزل قراض مثله كالقراض على ضمان أو إلى أجل فإنه فيه يرد إلى قراض مثله ولا ضمان عليه انتهى. وفي أول كتاب القراض من حاشية المشذالي: المتيطي: لو تطوع العامل بضمان المال ففي صحة القراض خلاف بين الشيوخ، فذهب ابن عتاب إلى أنه صحيح، وحكى إجازته عن شيخه مطرف. ابن بشير: وقال غيرهما لا يجوز ومال إليه ابن سهل وفي العتبية ما يدل على القولين، انظر الوصايا من ابن سهل، انتهى كلام المشذالي. ص: **(أو ما يقل)** ش: قال في المدونة ثم قال: فإن اشترى غير ما أمر به فقد تعدى، فإن ربح فله

أخذ قراضاً إلى أجل رد إلى قراض مثله. الأبهري: إنما قال ذلك لأن حكم القراض أن يكون إلى غير أجل لأنه ليس بعقد لازم ولكل واحد تركه لو شاء، فإذا شرط الأجل فكأنه قد منع نفسه من تركه وذلك غير جائز فوجب رده لقراض مثله لما ذكرنا من وجوب رد كل أصل فاسد إلى حكم صحيح ذلك الأصل **(أو ضمن)**. اللخمي: إذا شرط العامل ضمان القراض إن هلك أو أنه غير مصدق إن ادّعى هلاكه أو ضياعه كان الشرط باطلاً ولا ضمان عليه إن قال هلك أو خسرت. قال ابن القاسم: ويكون فيه على قراض مثله **(أو اشتر سلعة فلان ثم اتجر في ثمنها)** من المدونة: إن دفعت إليه مالاً قراضاً على النصف على أن يشتري به عبد فلان ثم يشتري بعد ما يبيعه ما شاء، فهو أجير في شرائه وبيعه فيما بعد ذلك له قراض مثله **(أو بدين)**. عياض: مذهبنا ردّه لقراض مثله في تسع مسائل منها القراض بدين يقتضيه انتهى. إلا أن هذا قد نص عليه خليل، وهو الفرع الذي عطف عليه هذه الفروع فيبقى النظر هل أراد بهذا، إذا دفع له القراض على أن لا يشتري إلا بالدين، وسيأتي أنه لا يجوز أن يشتري بدين وإن أذن له رب المال. ومن المدونة قال ابن القاسم: لو دفعت إلى رجل قراضاً على أن لا يبيع إلا بالنسيئة فباع بالنقد لم يجز هذا القراض. ابن المواز: فإن نزل كان أجيراً. ابن يونس: قيل: لم يجب. ابن القاسم: ماذا يكون عليه إن نزل ومن مذهبه في التحجير أن يرد إلى إجارة مثله. انتهى فانظر أنت هذا **(أو ما يقل)** عد عياض من تسع المسائل التي يرد فيها لقراض مثله هذه المسألة. ونص المدونة قال مالك: لا ينبغي أن يقارض فلاناً على أن لا يشتري إلا البز إلا أن يكون موجوداً في الشتاء والصيف فيجوز ثم لا يعاوده إلى غيره. الباجي: فإن كان يتعذر لقلته لم يجز وإن نزل فسخ **(كاختلافهما في الربح وادعاء ما لا يشبه)** من المدونة قال مالك: وإذا اختلف المتقارضان في أجزاء الربح قبل العمل فقال رب المال: دفعته على أن الثلث للعامل: وقال العامل بل على أن لي الثلثين، فيرد المال إلا أن يرضى العامل بقول رب المال. وإن اختلفا بعد العمل فالقول قول العامل كالصانع إذا جاء بما يشبه وإلا رد إلى قراض مثله، وكذا المساقاة **(وفيما فسد غيره أجرة مثله في الذمة)** عبد الوهاب: النظر يقتضي أن يرد القراض الفاسد إلى أجرة المثل وإلى قراض المثل جملة من غير تفصيل، والتفصيل الذي ذكره ابن القاسم استحسان وليس بقياس قال: والفصل بين إجارة المثل أو قراض المثل أن أجرة

كَاشْتِرَاطِ يَدِهِ أَوْ مُرَاجَعَتِهِ أَوْ أَمِيناً عَلَيْهِ، بِخِلَافِ غُلَامٍ غَيْرِ عَيْنٍ بِنَصِيبٍ لَهُ، وَكَأَنْ يَخِيطَ، أَوْ يَخْرِزَ،

فيما ربح قراض مثله، وإن خسر ضمن ولا أجر له في الوضيعة ولا أعطيه إن ربح إجارته إذ لعلها تغترق الربح وتزيد فيصل بتعديه إلى ما يريد انتهى. ص: (كاشتراط يده) ش: تصوره واضح.

مسألة: قال في رسم حلف أن لا يبيع رجلاً سلعة سماها من سماع ابن القاسم من كتاب القراض عن الرجل يدفع إلى الرجل المال فيقيم في يديه أياماً ويتجهز بذلك يريد سفراً، فيلقى صاحب المال فيقول له: هل لك أن أخرج معك فأخرج ذهباً آخر مثل الذي أعطيتك ونشترك جميعاً. قال مالك: ما أرى أمراً بيناً وما يحضرني فيه مكروه وكأنه خففه من غير تحقيق. قال ابن القاسم: ولا أرى بذلك بأساً إذا صح ذلك على غير موعد، ولا رأي ولا عادة. قال أصبغ: لا خير فيه. قال سحنون: هو الربا بعينه. قال محمد بن رشد: قول ابن القاسم

المثل تتعلق بذمة رب المال. سواء كان في المال ربح أم لا. وقراض المثل يتعلق بربح إن كان في المال ربح، فينظر كم ينبغي أن يكون حظ هذا العامل منه إذا نزع هذا الشرط دفع إليه من الربح، فإن لم يكن في المال ربح أو كان وضيعة فلا شيء له (كاشتراط يده) من المدونة قال مالك: من أخذ قراضاً على أن يعمل معه رب المال في المال لم يجز، فإن نزل كان العامل أجيراً وإن عمل لرب المال بغير شرط كرهته إلا العمل اليسير. ابن حبيب: وكذا إن أسلف أحدهما صاحبه أو وهبه أو قعد العامل فالمال أو عمل بعبده أو دابته أو كان صانعاً يعمل بيده أو صنع أحدهما بصاحبه شيئاً من الرفق مما لا يجوز ابتداء أن يشترط فإن ذلك كله لا يفسد القراض ولا يغير الربح غير أن الصانع إن عمل بيده بغير شرط فله أجر عمله. انتهى من ترجمة القراض الفاسد من ابن يونس. انظر قوله «بغير شرط» قال في الاستغناء: إن أعطى صانعاً بيده مالاً ليشتري به جلوداً ويعملها فما رزق الله بينهما لم يجز. قال أبو أيوب: فإن وقع من غير شرط جاز ولا إجارة له. وقال ابن ميسر: له إجارة عمله وهو على قراضه كما هو وقاله ابن حبيب انتهى. وفي مختصر الوقار: يجوز أن يعطيه مالاً يعمله حلياً أو يبيعه والفضل بينهما إذا أخذ الصانع أجرة صناعته (أو مراجعته أو أميناً عليه) ابن الحاجب: لا يجوز أن يشترط يده أو مراجعته أو أميناً عليه. ومن المدونة قال مالك: لا يجوز أن تقارض رجلاً على أن يشتري هو وتنقد أنت وتقبض أنت ثمن ما باع أو تجعل معه غيرك لمثل ذلك أميناً عليه، وإنما القراض أن تسلم إليه المال. قال ابن حبيب: فإن نزل ذلك كان أجيراً (بخلاف غلام عين بنصيب له) روى عيسى عن ابن القاسم: إذا دفع إلى رجل وإلى عبده مالاً قراضاً ليكون عيناً عليه أو ليعلمه فلا خير فيه، وإن كانا أمينين تاجرين فلا بأس به. ابن يونس: صواب وليس بخلاف للأول انتهى. وكان نقل قبل هذا من المدونة قال مالك: يجوز أن يشترط على رب المال أن يعينه بعبده أو بدابته في المال خاصة لا في غيره. ابن يونس: لأن المنفعة لهما جميعاً فليست بزيادة انفرد بها. قال ابن المواز: اختلف قول مالك في اشتراط عون غلام رب المال، وأجازه الليث ومنعه عبد العزيز ولا بأس به عندي (وكأن يخيط أو

أَوْ يُشَارِكَ؛ أَوْ يَخْلِطَ، أَو يُبْضِعَ، أَوْ يَزْرَعَ؛

مفسراً لقول مالك لأن مالكاً إنما خفف ذلك على السلامة من التواطؤ على ذلك من قبل أن يتجهز بالمال إذ لو أتاه قبل أن يتجهز بالمال فقال ذلك له وفعله معه لما جاز لأنه يصير كأنه قد استأجره ليعمل معه في ماله على أن له نصيباً من ربحه. وكرهه أصبغ فقال: لا خير فيه مخافة أن يكون تواطأ معه على ذلك قبل أن يتجهز بالمال، فإن وقع ذلك مضى، ولم يفسخ على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك، وفسخ على مذهب أصبغ ما لم يفت بالعمل، فلو فات مضى وكان العامل على شرطه من الربح. وأما على مذهب سحنون الذي قال فيه: إنه الربا

يخرن) تقدم من هذا المعنى قبل قوله أو مراجعته. ومن المدونة قال ابن القاسم: لا يجوز اشتراط عمل يد العامل لخفاف أو صياغة، فإن نزل كان أجيراً والربح والوضيعة لرب المال وعليه (أو يشارك) الباجي: منع ابن القاسم في المدونة أن يشترط في حال العقد أن يشاركه العامل بمال من عنده وأجازه في الواضحة. اللخمي: ولا بأس أن يخلط العامل القراض بماله أو بقراض في يده إذا لم يكن ذلك بشرط، فإن كان بشرط فقال في المدونة: لا خير فيه. وفي كتاب محمد: لا بأس به. اللخمي: وأن يجوز أحسن. وإذا قلنا بالمنع وفات بالعمل فقيل: فيه قراض مثله، وقيل: أجر مثله. ابن حبيب: لا يصلح أن يقارض رجلاً ويشترط عليه أن يبضع المال أو يقارض به أو يشارك به أحداً أو يجلس به في حانوت وشبه ذلك، فأما إن قال: إن شئت فافعل وإن شئت فدع فهو إذن ولا بأس بالإذن في العقد ما لم يكن شرطاً (أو يخلط) انظر أنت من صرح أن لهذا إجارة مثله. ومن المدونة قال مالك: لو أخذ من رجل قراضاً فله أن يأخذ قراضاً من رجل آخر إن لم يكن الأول شغله الثاني عنه فلا يأخذ حينئذ من غيره شيئاً. قال ابن القاسم: فإن أخذ وهو يحمل العمل بهما فله أن يخلطهما ولا يضمن، ولا يجوز أن يكون ذلك بشرط من الأول أو الثاني. ومن المدونة: من دفعت إليه مائتين قراضاً على أن يعمل بكل مائة على حدة، وربح مائة لأحدكما وربح الأخرى بينكما أو ربح مائة بعينها لك وربح الأخرى للعامل لم يجز، ويكون العامل أجيراً في المالين. وكذلك على أن مائة على النصف ومائة على الثلث ويعمل بكل مائة على حدة فلا خير فيه إذا كان لا يخلطهما، وكذلك في مساقاة الحائطين حتى يكونا على جزء واحد (أو يبضع) انظر أنت من صرح أن لهذا إجارة مثله. وفي المدونة: إن أبضع العامل ضمن ولو أذن له رب المال فلا بأس به إن لم يأخذ المال على ذلك (أو يزرع) من المدونة قال مالك: لا يجوز لرب المال أن يشترط على العامل أن يجلس بالمال ها هنا في حانوت من البزازين أو السقاطين يعمل فيه ولا يعمل في غيره، أو على أن يجلس في القيسارية أو على أن لا يشتري إلا من فلان أو على أن لا يتجر إلا في سلعة كذا وليس وجودها بمأمون، أو على أن يزرع فلا ينبغي ذلك كله، فإن نزل ذلك كله كان العامل أجيراً، وما كان من زرع أو فضل أو خسارة فلرب المال وعليه. ولو علم رب المال أنه يجلس في حانوت فهو جائز ما لم يشترط عليه، ولو زرع العامل من غير شرط في أرض اشتراها من مال القراض أو اكتراها جاز ذلك إذا كان بموضع أمن وعدل ولا يضمن، وأما إن خاطر به في موضع ظلم وغرر يرى أنه خطر فإنه ضامن، ولو أخذ العامل نخلاً

أَوْ لاَ يَشْتَرِي إِلَى بَلَدِ كَذَا أَوْ بَعْدَ اشْتِرَائِهِ، إِنْ أَخْبَرَهُ فَقَرْضٌ أَوْ عَيَّنَ شَخْصاً، أَوْ زَمَناً، أَوْ مَحَلاً: كَأَنْ أَخَذَ مَالاً لِيَخْرُجَ بِهِ لِبَلَدٍ فَيَشْتَرِي؛ وَعَلَيْهِ: كَالنَّشْرِ، وَالطَّيِّ: الْخَفِيفَيْنِ، وَالأَجْرُ

بعينه فيفسخ متى ما عثر عليه ويكون الربح كله لرب المال ويكون للعامل أجرة مثله. وإنما قال: إنه هو الربا على سبيل التجوز في اللفظ في المنع منه إذ ليس ربا بعينه كما قال الله، وإنما هو على مذهبه استئجار للعامل على عمله معه بجزء من ربح المال، وذلك ما لا يحل ولا يجوز على قول النبي ﷺ: «من استأجر أجيراً فليعطه أجره» ولقوله: «من استأجر أجيراً فليؤاجره بأجر معلوم إلى أجل وليقه عن بيع الغرر» والإجارة بيع من البيوع لا يجوز فيها الغرر والجهل، فلما كان ذلك لا يحل كما لا يحل الربا قال فيه: إنه ربا انتهى. ص: **(أو بعد اشترائه إن أخبره بقرض)** ش: كذا في كثير من النسخ، وفي بعض النسخ: «وبعد اشترائه» بالواو وهو أحسن والله أعلم. ص: **(أو عين شخصاً أو زمناً أو محلاً)** ش: يعني ففيه أجرة المثل وقد صرح بذلك في المنتقى. وقال ابن غازي: تحرير عجيب في أن تعيين الزمان من قبيل ما يترجح فيه أجرة المثل كما أن القراض إلى أجل من قبيل ما يترجح فيه قراض المثل وتصور الفرق بينهما جلي انتهى. كأنه يشير إلى أن تعيين الزمان هو أن يشترط عليه أن يشغل جميع المدة بالبيع والشراء مثل أن يدفع له مال القراض ويبيع ويشتري فيه شهراً أو شهرين ونحو ذلك على أن يبيع ويشتري جميع الزمان، وأن القراض إلى أجل مثل أن يدفع له مال القراض إلى شهر

مساقاة فأنفق عليها من مال القراض كان كالزرع ولم يكن متعدياً **(أو لا يشتري إلى بلد أو بعد اشترائه)** انظر أنت من صرح بأن هذا يرجع لإجارة مثله. ومن المدونة قال مالك: من أخذ قراضاً على أن يخرج به إلى بلد آخر يشتري متاعاً فلا خير فيه. قال مالك: يعطيه المال ويقوده كما يقاد البعير. ابن القاسم: إنما كره مالك من ذلك أنه يحجر عليه أن لا يشتري إلى أن يبلغ ذلك الموضع. ومن العتبية قال ابن القاسم فيمن قارض رجلاً على أن يخرج إلى المكان البعيد مثل أفريقية يشتري طعاماً أو غيره: إنه لا بأس بذلك. قال مالك: ومن اشترى سلعة وعجز عن بعض ثمنها فأتى إلى رجل فأخذ منه قراضاً وهو يريد أن يدفعه في بقية ثمنها ويكون قراضاً لم أحب ذلك، وأخاف أن يكون قد استغلى ولو صح ذلك لجاز. قال ابن المواز: إذا لم يخبر رب المال ولم يكن لغلاء جاز. ومن المدونة انظر نص هذا عند قوله: «فقد وجدت» **(وإن أخبره فقرض)** انظر بعد هذا عند قوله: «فقد وجدت رخيصاً» **(أو عين شخصاً)** من المدونة: لا يجوز أن يشترط عليه أن لا يشتري إلا من فلان فإن نزل ذلك كان أجيراً **(أو زمناً)** هذه عبارة ابن الحاجب. وقال الباجي: إن وقع القراض إلى أجل وعثر عليه بعد العمل فهو أجير. انظر هذا مع ما تقدم عند قوله: «أو أجل» **(أو محلاً)** تقدم نص المدونة: لا يجوز أن يشترط عليه أن يجلس في القيسارية أو في حانوت فإن نزل كان أجيراً **(كأن أخذ المال ليخرج إلى بلد فيشتري)** قد تقدم قوله: «لا يشتري إلى بلد» فانظر أنت ما معنى هذا، فإن كان غيره فهو فرع غريب. قال ابن عرفة: ناقل الفرع الغريب يجب عليه عزوه لقائله **(وعليه كالنشر والطي الخفيفين والأجر إن**

إِنِ ٱسْتَأْجَرَ؛ وَجَازَ جُزْءٌ: قَلَّ أَوْ كَثُرَ؛ وَرِضَاهُمَا بَعْدُ عَلَى ذٰلِكَ، وَزَكَاتُهُ عَلَى أَحَدِهِمَا وَهُوَ لِلْمُشْتَرِطِ؛ وَإِنْ لَمْ تَجِبْ.

ونحوه ولا يشترط عليه أن يبيع في جميع الزمان والله أعلم. **ص: (ورضاهما بعد على ذلك) ش:** هذا هو المشهور وإن كانت الزيادة للعامل فهو أحق بها في الموت والفلس لقبضه لها، وإن كانت لرب المال فقيل: تبطل لعدم الحوز. وخرج اللخمي قولاً بالصحة، قال في التلقين: ومال المتأخرون إلى النفوذ. انتهى من التوضيح.

تنبيه: أجاز في المدونة هنا التراضي على جزء قل أو كثر. وقال في باب الآجال: وإن قارضت رجلاً مالاً أو أسلفته إياه فلا تقبل منه هدية. قال أبو الحسن: والفرق بينهما أن الهدية محققة وهذه متوهمة أو أنه في كتاب الآجال لم يعمل وهنا عمل انتهى بالمعنى **ص: (وهي للمشترط وإن لم تجب) ش:** قال في التوضيح: كما لو شرط أحدهما ثلث الربح مثلاً.

استأجر) ابن شاس: الركن الثاني العمل وهو عوض الربح. ابن الحاجب: ما جرت العادة به من نشر وطي ونقل خفيف وإن استأجر عليه فعليه. ابن فتوح: للعامل أن يستأجر من المال إذا كان كثيراً لا يقوى عليه من يكفيه بعض مؤنته. من الأعمال أعمال لا يعملها العامل وليس مثله يعملها **(وجاز جزء قل أو كثر)** من المدونة قال ابن القاسم: تجوز المقارضة عند مالك على النصف والخمس أو أكثر من ذلك أو أقل. قلت: فإن أعطيته مالاً قراضاً على أن الربح للعامل؟ قال: ذلك جائز. وقد قال مالك فيمن أعطى لرجل مالاً يعمل به على أن الربح للعامل ولا ضمان عليه: إنه لا بأس به. وكذلك إن أعطاه نخلاً مساقاة على أن جميع الشجرة للعامل فلا بأس به. **(ورضاهما بعد على ذلك)** من المدونة قال ابن القاسم: وإن أعطيته قراضاً على النصف ثم تراضيتما بعد العمل على أن تجعلاه على أن الثلثين له أو لك جاز.

قال ابن حبيب: إن كان المال حين تراضيا عيناً لا زيادة فيه ولا نقص حركه أو لم يحركه فلا بأس به، وإن كان فيه زيادة أو نقص أو كان في سلع لم يجز. ابن يونس: وقول ابن القاسم أولى لأن المال إن كان عيناً فكأنهما الآن ابتدآ العقد لأن القراض لا يلزم بالعقد ولمن شاء حله ما لم يشغله في سلع أو يظعن به لسفر، وإن كان المال في سلع فهي هبة تطوع بها أحدهما لصاحبه وهبة المجهول جائزة. وانظر إن وقع موت قبل المفاصلة بين أن تكون الزيادة لرب المال أو للعامل فرق. راجع ابن عبد السلام **(وزكاته على أحدهما)** ابن رشد: لا يجوز اشتراط زكاة رأس المال على العامل، ويجوز أن يشترطها العامل على رب المال لأنها واجبة عليه. واختلف إذا اشترط أحد المتقارضين زكاة ربح المال على صاحبه على أربعة أقوال: أحدها أن ذلك جائز لكل واحد منهما على صاحبه وهو قول ابن القاسم في المدونة وروايته عن مالك، لأنه لا يرجع إلى جزء مسمى فإن اشترطت الزكاة على العامل صار عمله على أربعة أعشار الربح وثلاثة أرباع عشره، وإن اشترطت الزكاة على رب المال صار عمله على نصف الربح كاملاً **(وهي للمشترط إن لم تجب)** ابن عرفة: على جواز شرط زكاة الربح على

وَالرِّبْحُ لأَحَدِهِمَا أَوْ لِغَيْرِهِمَا وَضَمِنَهُ فِي الرِّبحِ لَهُ؛ إِنْ لَمْ يَنْفِهِ، وَلَمْ يُسَمِّ قِرَاضاً؛ وَشَرْطُهُ: عَمَلُ غُلاَمِ رَبِّهِ، أَوْ دَابَّتِهِ فِي الْكَثِيرِ، وَخَلْطُهُ؛ وَإِنْ بِمَالِهِ، وَهُوَ الصَّوَابُ؛ إِنْ خَافَ بِتَقْدِيمِ أَحَدِهِمَا: رِخصاً، وَشَارَكَ؛ إِنْ زَادَ مُؤَجَّلاً بِقِيمَتِهِ، وَسَفَرُهُ: إِنْ لَمْ يَحْجُرْ عَلَيْهِ قَبْلَ شَغْلِهِ، وَٱدْفَعْ لِي، فَقَدْ وَجَدْتُ رَخِيصاً أَشْتَرِيهِ،

....

أحدهما لو تفاصلا قبل وجوبها ففي كون جزئها لمشترطها على غيره أوله أو بينهما إنصافاً، أو يكون الربح بينهما على تسعة أجزاء أقوال **(والربح لأحدهما)** الباجي: يجوز شرط كل الربح لأحدهما في مشهور مذهب مالك **(أو لغيرهما)** من المدونة قال ابن القاسم: إذا اشترط المتقارضان عند معاملتهما ثلث الربح للمساكين جاز ذلك، ولا أحب لهما أن يرجعا فيه ولا يقضى بذلك عليهما**(وضمنه في الربح له إن لم ينفه ولم يسم قراضاً)** قال ابن المواز: إن قال رب المال للعامل حين دفع له المال خذه قراضاً والربح لك جاز، وكان الربح للعامل، ولا يضمن المال أو خسره إن تلف والقول فيه قول العامل. وإن لم يكن قراضاً وإنما قال: خذه واعمل به والربح لك جاز أيضاً، وهو ضامن لما خسر يريد إلا أن يشترط أن لا ضمان عليه فلا يضمن **(وشرطه عمل غلام ربه أو دابته في الكثير)** انظر قبل قوله: «وكان يخيط» **(وخلطه وإن بماله وهو الصواب إن خاف بتقديم أحدهما رخصاً)** من المدونة قال مالك: إذا خاف العامل إن قدم ماله على مال القراض أو أخره وقع الرخص في ماله، فالصواب أن يخلطهما ويكون ما اشترى بهما من السلع على القراض وعلى ما نقد فيها بحصة القراض رأس مال القراض وحصة العامل على ما نقد فيها، ولا يضمن العامل إن خلطهما بغير شرط. ابن يونس: ولا ينبغي شرط الخلط ولا على إن شاء خلطه، قال أصبغ: وليس بحرام ولكنه من الذرائع فإن فعل لم أفسخه اهـ. وانظر هذا مع ما تقدم عند قوله: «أو يشارك» **(وشارك إن زاد مؤجلاً بقيمته)** من المدونة قال ابن القاسم: إذا أخذ العامل مائة قراضاً فاشترى سلعة بمائتين نقداً كان شريكاً فيها، لرب المال يكون نصفها على القراض ونصفها للعامل. وإن كانت المائة الثانية مؤجلة على العامل قومت المائة المؤجلة بالنقد، فإن ساوت خمسين كان شريكاً بالثلث. هكذا أصلحها سحنون **(وسفره إن لم يحجر قبل شغله)** قال سحنون: ليس للمقارض أن يسافر بالمال القليل سفراً بعيداً إلا بإذن رب المال. ومن المدونة قال ابن القاسم: للعامل أن يتجر بالمال في الحضر والسفر وحيث شاء إلا أن يقول له رب المال حين دفعه إليه بالفسطاط لا تخرج من أرض مصر أو من الفسطاط، فلا ينبغي له أن يخرج. قال مالك: ولرب المال ردّ المال ما لم يعمل به العامل أو يظعن به لسفر. قال ابن القاسم: وكذلك لو تجهز واشترى متاعاً يريد به بعض البلدان فهلك رب المال، فللعامل النفوذ به وليس للورثة منعه وهم في هذا كموروثهم. وانظر إن فلس رب المال هل الغرماء كالورثة؟ راجع ابن عبد السلام **(وادفع لي فقد وجدت رخيصاً أشتريه)** من المدونة قال مالك: لو ابتاع سلعة ثم سأل رجلاً أن يدفع إليه مالاً ينقده فيها ويكون قراضاً بينهما، فلا خير فيه، فإن نزل لزمه رد المال إلى ربه، وما كان فيها من ربح أو وضيعة فله وعليه، وهو كمن أسلفه رجل ثمن سلعة على أن له نصف ربحها. قال ابن المواز: لو كان

وَبَيْعُهُ بِعَرْضٍ، وَرَدُّهُ بِعَيْبٍ، وَلِلْمَالِكِ: قَبُولُهُ؛ إِنْ كَانَ الْجَمِيعَ وَالثَّمَنُ عَيْنٌ، وَمُقَارَضَةُ عَبْدِهِ وَأَجِيرِهِ، وَدَفْعُ مَالَيْنِ، أَوْ مُتَعَاقِبَيْنِ قَبْلَ شَغْلِ الأَوَّلِ؛ وَإِنْ بِمُخْتَلِفَيْنِ إِنْ شَرَطَا خَلْطاً،

لأجنبي وأبى من أخذه فإنه لمشترطه انتهى. ص: **(والثمن عيناً)** ش: كذا في بعض النسخ «عيناً» بالنصب على أنه خبر لـ«كان» المحذوفة، وفي بعض النسخ: «والثمن عين» على أنه مبتدأ

ذلك قيل: يستوجبها، وقيل: يجب عليه ضمانها لجاز ذلك إذا لم يسم السلعة ولا بائعها. ورُوي عن عثمان رضي الله عنه أن رجلاً قال له: وجدت سلعة مرجوة فأعطني قراضاً ابتاعها به، ففعل **(وبيعه بعرض)** ابن عرفة: مقتضى قولها مع غيرها بجواز كون العامل مديراً، وقولها بجواز زراعتها حيث الأمن جواز بيعه العروض بخلاف الوكيل، ولا أذكره نصاً إلا لابن شاس **(ورده بعيب)** ابن شاس: للعامل الرد بالعيب وإن أبى ذلك رب المال **(وللمالك قبوله إن كان الجميع والثمن عين)** من المدونة قال مالك: إذا اشترى العامل بجميع المال عبداً ثم رده بعيب فرضيه رب المال فليس ذلك لرب المال لأن العامل إن أخذه كذلك جبر ما خسر فيه بربحه إلا أن يقول له رب المال: إن أبيت فاترك القراض واخرج لأنك إنما تريد رده وتأخذ الثمن فكان القراض عيناً بعد، فإما أن ترضى بذلك وإلا فاترك القراض وأنا أقبله. قال: ولو رضي العامل بالعيب على وجه النظر جاز، وإن حابى فهو متعد. **(ومقارضة عبده وأجيره)** من المدونة قال ابن القاسم: لا بأس أن يقارض الرجل عبده أو أجيره للخدمة إن كان مثل العبد. وقال سحنون: ليس الأجير مثل العبد ويدخله في الأجير فسخ الدين في الدين. ابن يونس: معنى قول ابن القاسم لا بأس إذا كان الأجير مثل العبد، يريد إذا ملك جميع خدمته كالعبد ويكون ما استأجره فيه يشبه عمل القراض مثل أن يستأجره ليتجر له في السوق ويخدم في التجارة بمثل هذا إذا قارضه لم ينقله من عمل إلى خلافه، ولو كان إنما استأجره لعمل بعينه مثل البناء والقصارة فنقله إلى التجارة لدخله فسخ الدين في الدين كما قال سحنون **(ودفع مالين أو متعاقبين قبل شغل الأول)** سيأتي أن هذا جائز، وسواء شرطا كل مال على حدة أو شرطا خلطاً أم لا، أعني إذا كانا على جزء واحد **(وإن بمختلفين وإن شرطا خلطاً)** من المدونة قال ابن القاسم: وإن قارضت رجلاً على النصف فلم يعمل به حتى زدته مالاً آخر على النصف على أن يخلطهما فذلك جائز. وقال مالك فيمن دفع إلى رجل مالين أحدهما على النصف والآخر على الثلث على أن يخلطهما لم يجز. قال سحنون: ويجوز على أن يخلطهما لأنه يرجع إلى جزء واحد معلوم. وروى أبو زيد عن ابن القاسم أنه لا يجوز على غير الخلط وإن كان على نصف ونصف. وقال ابن المواز: إن كانا على جزء واحد جاز إن شرط أن يعمل بكل مال على حدة. ابن يونس: وهذا ظاهر المدونة. ابن يونس: وإذا شرط أن يخلطهما جاز، كانا على جزء واحد أو جزأين مختلفين، لأنه يرجع إلى جزء واحد مسمى مثال ذلك: لو دفع إليه مائتين مائة على الثلث للعامل ومائة على النصف على أن يخلطهما، فحسابه أن تنظر أقل عدد له نصف وثلث صحيح تجد ذلك ستة، فقد علمت أن للعمال من ربح إحدى المائتين نصفه ومن الأخرى ثلثه، فخذ نصف الستة وثلثها وذلك خمسة، ولرب المال نصف ربح المائة الواحدة وثلثي ربح الأخرى فخذ له نصف الستة وثلثيها وذلك سبعة، فيجمع ذلك مع الخمسة التي

أَوْ شَغْلَهُ، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْهُ: كَنُضُوضِ الأَوَّلِ، إِن سَاوَى؛ وَٱتَّفَقَ جُزْؤُهُمَا، ٱشْتِرَاءُ رَبِّهِ مِنْهُ إِنْ صَحَّ، وٱشْتِرَاطُهُ: أَنْ لاَ يَنْزِلَ وَادِياً، أَوْ يَمْشِيَ بِلَيْلٍ، أَوْ بِبَحْرٍ، أَوْ يَبْتَاعَ سِلْعَةً، وَضَمِنَ، إِنْ خَالَفَ: كَأَنْ زَرَعَ أَوْ سَاقَى بِمَوْضِعِ جَوْرٍ لَهُ، أَوْ حَرَّكَهُ بَعْدَ مَوْتِهِ عَيْناً،

وخبر. ص: **(وضمن إن خالف)** ش: انظر إذا شرط عليه أن لا ينزل وادياً أو لا يركب بحراً أو لا يمشي بليل ففعل ذلك وسلم، ثم إنه اشترى وخسر هل يضمن أم لا؟ وظاهر كلامه في المدونة أنه لا يضمن فإنه قال: وإن نهيته عن الخروج بالمال من مصر فخرج به إلى إفريقية عيناً قبل أن يتجر به ثم تجر به بمصر فخسر أو ضاع منه بمصر لم يضمن لأنه رده قبل أن يحركه. قال أبو الحسن: ليس التحريك بشرط فمتى رده إلى موضعه لم يضمن وإن حركه. الشيخ: وهو مصدق في الرد. وانظر هذا مع ما حكاه اللخمي في مسألة ما إذا زرع أو ساقى جوراً وظلم له أي للعامل يعني في الآتية في كلام التوضيح في القولة التي بعد هذه والله أعلم. ص: **(كأن زرع أو ساقى في موضع جور له)** ش: يعني أنه إذا زرع أو ساقى بموضع جور وظلم له أي للعامل يعني في موضع يرى أنه يظلم فيه فإنه يضمن. واحترز بقوله: «له» مما إذا كان الموضع فيه ظلم أو جور ولكنه كان يرى أنه هو لا يظلم لوجاهة ونحو ذلك، وأشار

صحت للعامل فيكون ذلك اثني عشر، فيقسمان الربح على اثني عشر جزءاً، للعامل خمسة أجزاء وذلك ربع الربح وسدسه، ولرب المال سبعة أجزاء وذلك ثلث الربح وربعه. ابن يونس: وينبغي أن يكون للعامل إذا لم يشترط الخلط في هذه المسألة قراض مثله **(أو شغله إن لم يشترطه)** من المدونة قال ابن القاسم: وإن أخذ الأول على النصف فابتاع به سلعة ثم أخذ الثاني على مثل جزء الأول أو أقل أو أكثر على أن يخلطه فجائز، فإن خسر في الأول وربح في الآخر فليس عليه أن يجبر هذا بهذا **(كنضوض الأول إن ساوى واتفق جزؤهما)** من المدونة: إن تجر في الأول فباع ونض في يديه ثم أخذ الثاني، فإن كان باع برأس المال سواء جاز أخذه للثاني مثل جزء الأول لا أقل ولا أكثر. ابن يونس: يريد على أن يخلطهما ولو كان على الخلط جاز على كل حال **(واشتراء ربه منه إن صح)** من الموطأ قال مالك: لا بأس أن يشتري رب المال ممن قارضه بعض ما يشتري من السلع إذا كان ذلك صحيحاً على غير شرط. الباجي: وسواء اشتراه بنقد أو بأجل ما لم يتوصل بذلك إلى أخذ شيء من الربح قبل المقاسمة **(واشتراطه أن لا ينزل وادياً أو يمشي بليل أو ببحر أو يبتاع سلعة وضمن إن خالف)** من المدونة قال الفقهاء السبعة مع مشيخة سواهم من نظرائهم أهل فقه وفضل: يجوز لرب المال أن يشترط على العامل أن لا ينزل ببطن وادٍ لا يسري به بليل ولا يحمله ببحر ولا يبتاع به سلعة كذا، فإن فعل به شيئاً من ذلك ضمن المال **(كأن زرع أو ساقى بموضع جور)** تقدم نصها إن خاطر بالزرع في موضع ظلم ضمن. انظر عند قوله: «أو يزرع» **(أو حركه بعد موته عيناً)** من المدونة قال مالك: وإذا علم العامل بموت رب المال والمال بيده عيناً. ابن يونس: يريد وهو في بلد رب المال لم يظعن منها لتجارة. قال مالك: لا يعمل به وإن لم يعلم بموته حتى ابتاع به سلعاً مضى ذلك على

أَوْ شَارَكَ وَإِنْ عَامِلاً أَوْ بِدَيْنٍ، أَوْ قَارَضَ بِلاَ إِذْنٍ وَغَرِمَ لِلْعَامِلِ الثَّانِي، إِنْ دَخَلَ عَلَى أَكْثَرَ: كَخُسْرِهِ، وَإِنْ قَلَّ عَمَلِهِ وَالرِّبْحُ لَهُمَا: كَكُلِّ آخِذِ مَالٍ لِلتَّنْمِيَةِ فَتَعَدَّى،

بذلك لما قاله في توضيحه في شرح قول ابن الحاجب: وله أن يزرع ويساقي ما لم يكن موضع ظلم فيضمن. ظاهر كلام المصنف أنه بمجرد كون الموضع موضع ظلم يضمن. وفي المدونة: وإن خاطر به في موضع ظلم أو غرر يرى أنه خطر فهو ضامن، فزاد المخاطرة وقد يكون الموضع موضع ظلم ولا يعد الزارع مخاطراً لوجاهته أو نحو ذلك، وكأن ابن غازي لم يقف على هذا الكلام فتحير في معناه فانظره والله أعلم.

فرع: قال في التوضيح: وإذا ضمناه بالتعدي لمخاطرته في موضع الظلم فلا فرق بين أن تكون الخسارة من سبب الزرع أو من سبب الظلم. قاله اللخمي للتعدي في أصل فعله والله أعلم. ص: **(والربح لهما ككل آخذ مال للتنمية فتعدى)** ش: يعني أن العامل إذا تعدى في الصور المتقدمة وقلنا: إنه ضامن للمال إن تلف أو خسر فلا يختص بالربح، ويقال كما أنه يضمن الخسارة فليستبد بالربح بل الربح لهما على ما شرطا. قال في التوضيح: لأنه يتهم أن

القراض. ابن يونس: يريد وكذا إذا ظعن به لسفره فليمض على قرضه شغل المال أو لم يشغله **(أو شارك وإن عاملاً)** من المدونة قال مالك: لا يجوز أن يشارك بمال القراض أحداً وإن عملا جميعاً، فإن فعل ضمن ولا يجوز أن يشارك عاملاً آخر لرب المال كما لا يستودع المودع الوديعة عند من لربها عنده وديعة ولا عند غيره، فهذا إن شارك فكأنه أودع غيره **(أو باع بدين)** من المدونة قال مالك: لا يجوز للعامل أن يبيع بالنسيئة إلا بإذن رب المال، فإن فعل بغير إذنه ضمن وهذا ما لم يشترطه في أصل العقد **(أو قارض)** من المدونة: لا يبضع العامل من المال بضاعة، فإن فعل ضمن ولو أذن له رب المال في ذلك جاز ما لم يأخذه ولا يشارك بالمال أو يقارض به إلا بإذن رب المال، فإن قارض بغير إذن رب المال ضمن **(وغرم للعامل الثاني إن دخل على أكثر)** من المدونة: إن أخذ قراضاً على النصف فتعدى بدفعه إلى غيره قراضاً على الثلثين ضمن عند مالك، فإن عمل به الثاني فربح كان لرب المال نصف الربح، وللعامل الثاني نصفه، ثم يرجع الثاني ببقية شرطه وهو السدس على العامل الأول وكذلك في المساقاة. قال بعض القرويين: الصواب أن يرجع في المساقاة بربع قيمة عمله لأنه باع عمله بثمرة واستحق ربعها **(كخسره وإن قل عمله)** من المدونة: وإذا أخذ المقارض المال على النصف فدفعه إلى آخر على الثلث فالسدس لرب المال ولا شيء للمقارض الأول، لأن القراض جعل فلا يصح إلا بالعمل. ولو كانت ثمانون ديناراً فخسر الأول أربعين ثم دفع أربعين إلى الثاني على النصف فصارت مائة ولم يكن الثاني علم ذلك. فرب المال أحق بأخذ الثمانين رأس ماله ونصف ما بقي وهو عشرة، ويأخذ الثاني عشرة ويرجع على الأول بعشرين ديناراً وهي تمام نصف ربحه على الأربعين **(والربح لهما ككل آخذ مال للتنمية فتعدى)** قال أبو محمد: المقارض إنما أذن له في حركة المال إلى ما ينميه، فإذا حركه لغير ماله أخذه ضمن هلاكه ونقصه، وإن حركه بالتعدي إلى ما أنماه دخل ربه في نمائه

لاَ إِنْ نَهَاهُ عَنِ الْعَمَلِ قَبْلَهُ أَوْ جَنَى كُلٌّ، أَوْ أَخَذَ شَيْئاً فَكَأَجْنَبِيٍّ، وَلاَ يَجُوزُ اشْتِرَاؤُهُ مِنْ رَبِّهِ، أَوْ بِنَسِيئَةٍ، وَإِنْ أَذِنَ، أَوْ بِأَكْثَرَ، وَلاَ أَخْذُهُ مِنْ غَيْرِهِ، إِنْ

يكون قصد الاستبداد بالربح فعوقب بنقيض قصده، ولأنا لو قلنا: الربح للعامل بتعديه لكان ذلك حاملاً له على التعدي ليستقل بالربح، ولهذا لو قلنا: إن كل من أخذ مالاً لينميه فيتعدى فيه كالوكيل والمبضع معه فالغرم عليه والربح لرب المال، وأما المقارض فالربح لهما على شرطهما وقد صرح المصنف يعني ابن الحاجب بإطراد هذا بقوله: وكذلك كل تعدٍ فيه وكل من أخذ مالاً على الأمانة وتعدى فيه فالربح له فقط كالمودع. ابن عبد السلام: وذهب بعضهم إلى أن العامل يجب له الربح كله في مسائل الضمان بسبب المخالفة لأنها توجب انتقال مال القراض إلى ذمته، وذلك موجب لكونه مالكاً للربح. انتهى. ص: **(ولا أخذه من غيره إن**

ولم يكن العامل أولى به بتعديه وفارق تعدي الغاصب والمودع إذا لم يؤذن لهما في حركة المال، فتعدي العامل يشبه تعدي الوكيل والمبضع معه **(لا إن نهاه عن العمل قبله)** ابن الحاجب: أما لو نهاه عن العمل قبل العمل فاشترى فكالوديعة له ربحها وعليه غرمها بخلاف ما لو نهاه عن سلعة فاشتراها. ومن المدونة: إذا لم يشغل العامل المال حتى نهاه ربه أن يتجر به فتعدى فاشترى به سلعة لم يكن فاراً وضمن المال والربح له كمن تعدى على وديعة عنده فاشترى بها سلعة فهو ضامن للوديعة والربح له بخلاف الذي نهاه رب المال عن شراء سلعة. وإن نهيته عن شراء سلعة في عقد القراض الصحيح أو بعد العقد قبل أن يعمل به ثم اشتراها فهو متعدٍ يضمن، ولك تركها على القراض أو تضمينه المال. ولو كان قد باعها كان الربح بينكما على شرطكما والوضيعة عليه خاصة، لأنه فر بالمال من القراض حتى تعدى ليكون له ربحه، وكذلك إن تسلف من المال ما ابتاع به سلعة لنفسه ضمن ما خسر وما ربح كان بينكما **(أو جنى كل أو أخذ شيئاً فكأجنبي)** انظر قوله: «أو جنى كل» ولعله «ولو جنى كل». قال ابن الحاجب: ولو جنى العامل أو رب المال على المال جناية أو أخذ شيئاً كان عليهما كأجنبي والباقي على القراض حتى يتفاصلا. انظر لو كان رأس المال مائة فأخذ العامل خمسين وتجر بخمسين وصارت مائة ثم فلس **(ولا يجوز اشتراؤه من ربه)** من المدونة: كره مالك أن يشتري العامل من رب المال سلعة وإن صح منهما لم يصح من غيرهما. قال ابن القاسم: وإنما كرهه خوف أن يكون رأس المال قد رجع إلى ربه فصار القراض بهذا العرض. ابن المواز: اختلف قول مالك في شراء العامل من رب المال؛ فروى عبد الرحيم أنه خففه إن صح، وكرهه في رواية ابن القاسم. وكذلك إن صرف منه، وأما إن اشترى منه سلعة لنفسه لا للتجارة فذلك جائز اهـ. فانظر هذا مع قوله: «لا يجوز» وانظر أول رسم من القراض **(أو نسيئة وإن أذن)** ابن المواز: شراؤه بالدين على القراض أو يتسلف عليه لا يجوز، أذن فيه رب المال أو لم يأذن، وكيف يأخذ ربح ما يضمنه العامل في ذمته **(أو بأكثر)** من المدونة قال مالك: في العامل يشتري سلعة بأكثر من رأس المال ليضمن ما زاد ديناً ويكون في القراض لا خير فيه **(ولا أخذه من غيره إن كان الثاني يشغله عن الأول)** من المدونة قال مالك: لو

كَانَ الثَّانِي يَشْغَلُهُ عَنِ الأَوَّلِ، وَلاَ بَيْعُ رَبِّهِ سِلْعَةً بِلاَ إِذْن، وَجُبِرَ خُسْرُهُ، وَمَا تَلِفَ وَإِنْ قَبْلَ عَمَلِهِ، إِلاَّ أَنْ يُقْبَضَ. وَلَهُ الْخَلَفُ، فَإِنْ تَلِفَ جَمِيعُهُ: لَمْ يَلْزَمِ الْخَلَفُ وَلَزِمَتْهُ

كان الثاني يشغله عن الأول) ش: قال في المدونة في كتاب القراض: وللعامل أن يأخذ مالاً قراضاً من رجل آخر، إن لم يكن الأول كثيراً يشغله الثاني عنه فلا يأخذ حينئذ من غيره شيئاً، فإن أخذهما وهو يحتمل العمل بهما فله أن يخلطهما ولا يضمن، ولا يجوز أن يكون ذلك بشرط من الأول أو الثاني، انتهى. فإن كان الثاني يشغله عن الأول وأخذه فقال اللخمي في تبصرته في باب القراض: وللعامل أن يخلط القراض بماله إذا كان قادراً على التجر بهما، وإن كان لا يقدر على التجر بأكثر من مال القراض لم يكن ذلك له، فإن فعل وتجر في الثاني

أخذ من رجل قراضاً فله أن يأخذ قراضاً من رجل آخر إن لم يكن الأول كثيراً يشغله الثاني عنه فلا يأخذ حينئذ من غيره شيئاً. قال ابن القاسم: فله أخذه وهو يحمل العمل بهما فله أن يخلطهما ولا يضمن، ولا يجوز أن يكون ذلك بشرط من الأول أو الثاني **(ولا بيع ربه سلعة بلا إذن)** من المدونة قال مالك: لا يبيع رب المال عبداً من القراض بغير إذن العامل وللعامل رده أو إجازته **(وجبر خسره وما تلف وإن قبل عمله إلا أن يقبض)** نقص هنا بالربح. قال ابن الحاجب: ويجبر الخسران ولو تلف بعضه قبل العمل بالربح ما لم يتفاصلا. ومن ابن يونس: القرضاء في القراض أن لا يقسم فيه ربح إلا بعد كمال رأس المال، وأن المقارض مؤتمن لا يضمن ما هلك إلا أن يتعدى فيه. قال مالك: وإذا ضاع بعض المال بيد العامل قبل العمل أو بعده أو خسره أو أخذه لص أو العاشر ظلماً لم يضمنه العامل إلا أنه إن عمل ببقية المال جبر بما ربح فيه أصل المال، فما بقي بعد تمام رأس المال كان بينهما على ما شرطا. ولو كان العامل قد قال لرب المال لا أعمل حتى تجعل ما بقي رأس المال ففعل وأسقطا الخسارة فهو أبداً على القراض الأول وإن حاسبه وأحضره ما لم يقبضه منه، ثم يرده منه على باب الصحة والبراءة. انظر قوله: «إن بين أن يقبض المال ثم يرده إليه» فرق. قال ابن رشد: وهو نحو أول مسألة من كتاب البضائع من تسلف ديناراً ثم رده لشيء وكرهه فقال: اذهب لفلان يبدله لك فتلف، بين أن يكون قبضه منه ثم رده فرق. قال ابن رشد: ومثله الذي سلم ثوباً في طعام فحرقه رجل في يديه قبل قبضه، ولابن رشد هنا كلام راجعه في أول مسألة من الكتاب المذكور **(وله الخلف وإن تلف جميعه لم يلزمه الخلف)** نقص هنا شيء فانظره. والمعنى لو ضاع المال بعد الشراء به وقبل نقده فله الخلف ولا يلزمه، فإن أخلفه لم يجبر بربحه الأول، وإن أبى فربح السلعة ونقصها للعامل، وعليه نحو هذا قال ابن عرفة: ومن المدونة قال ابن القاسم: لو أخذ مائة قراضاً فأخذ له اللصوص خمسين فأراه ما بقي فأتم له المائة فتكون هي رأس المال في هذا خمسون ومائة حتى يقبض ما بقي على المفاصلة، وكذلك لو رضي أن يبقى ما بقي رأس المال لم ينفع. وأما لو أخذ اللصوص جملة رأس المال فأعطاه رب المال مالاً آخر فلا جبر في ذلك، وهذا الثاني هو رأس المال وإنما يصح الجبر إذا بقي من الأول شيء **(ولزمته)** من المدونة: إذا اشترى العامل سلعة ثم ضاع المال جبر ربه في دفع ثمنها على القراض،

السِّلْعَةُ، وَإِنْ تَعَدَّدَ الْعَامِلُ: فَالرِّبْحُ: كَالْعَمَلِ، وَأَنْفَقَ، إِنْ سَافَرَ

وعطل الأول لم يكن عليه في الأول سوى رأس المال على المشهور من المذهب، وعلى القول الآخر يكون عليه قدر ما حرمه من الربح، وكذلك إذا تجر في الأول ثم اشتغل بالثاني عن بيع الأول حتى نزل سوقه فيختلف، هل يضمن العامل ما حط السوق لأنه حرمه ذلك وإن فسد لأجل شغله عنه ضمن؟ وكذلك إذا أخذ قراضاً بعد قراض فلا يمنع من الثاني إذا كان يقدر على التجر فيهما، فإن كان لا يقدر إلا على التجر في أحدهما منع من التجر في الثاني، فإن فعل ضمن ما كان في الأول من ضيعة أو نزول أسواق أو فساد نحو ما تقدم، وإذا اشتغل بالأول وعطل الثاني ضمن قدر ما حرمه من ربحه على أحد القولين، وإن ضاع ضمنه لأنه متعد في أخذه. وهذا إذا لم يعلمه أن في يديه قراضاً لغيره أو أعلمه ولم يعلمه أنه عاجز عن القيام بالمالين انتهى. ونقله ابن عرفة واقتصر عليه. ونصه اللخمي: له خلطه بماله إن قدر على التجر بهما، وإن عجز عن التجر بالزائد عليه منع من خلطه، فإن تجر في الثاني وعطل الأول فلا شيء عليه على المشهور، وعلى القول الآخر يغرم قدر ما حرمه من الربح إن تجر بالأول واشتغل بالثاني عن بيع الأول حتى نزل سوقه أو فسد ففي ضمانه نقصه أوكله إن فسد القولان. وأخذه قراضاً بعد قراض جائز إن قدر على التجر بهما وإلا منع من التجر بالثاني، فإن فعل ففي ضمانه لترك الأول ونزول سوقه أو فساده ما تقدم، وإن اشتغل بالأول ضمن ذلك في الثاني إن لم يعلم هذا الثاني أن بيده قراضاً لغيره أو أعلمه ولم يعلم عجزه عن القيام بالمالين. انتهى والله أعلم. ص: **(وإن تعدد فالربح كالعمل) ش:** قال في المدونة: وإن قارضت رجلين على أن لك نصف الربح ولأحدهما الثلث وللآخر السدس لم يجز، كما لو اشترك

فإن أبى لزم العامل الثمن وكانت له خاصة **(وإن تعدد فالربح كالعمل)** انظر هذا الإجمال من المدونة. قال ابن القاسم: وإن قارضت رجلين على أن لك نصف الربح ولأحدهما الثلث ولآخر السدس لم يجز، كما لو اشتراه العاملان على مثل هذا لم يجز لأن أحدهما يأخذ بعض ربح صاحبه بغير شيء. قال أصبغ: ويفسخ، فإن فات بالعمل كان نصف الربح لرب المال والنصف بين العاملين على ما شرطا ويرجع صاحب السدس على صاحبه بإجارة في فضل جزئه. وقاله ابن حبيب. قال ابن المواز: ولو شرط العمل على قدر أجزائهما من الربح لكان مكروهاً إلا أن ذلك إذا نزل مضى قال فضل: ظاهر المدونة أنه لو كان عملهما على قدر أجزائهما من الربح جاز. عياض: ونحو هذا لحمديس **(وأنفق إن سافر)**. ابن يونس: والقضاء أن للعامل النفقة في مال القراض إذا شخص للسفر به لا قبل ذلك. ومن المدونة قال مالك: إذا كان العامل مقيماً في أهله فلا نفقة له من المال ولا كسوة ولا ينفق منه في تجهيزه إلى سفره حتى يظعن، فإذا شخص به من بلده كانت نفقته في سفره من المال في ظعانه فيما يصلحه بالمعروف في غير سرف ذاهباً وراجعاً إن كان المال يحمل ذلك ولا يحاسب في ربحه ولكن يلغى، وسواء قرب السفر أو بعد وإن لم يشتر شيئاً، وله أن يرد ما بقي بعد النفقة إلى

وَلَمْ يَبْنِ بِزَوْجَتِهِ، وَٱحْتَمَلَ الْمَالُ لِغَيْرِ أَهْلٍ، وَحَجّ، وَغَزْوٍ بِالْمَعْرُوفِ فِي الْمَالِ، وَٱسْتَخْدَمَ، إِنْ تَأَهَّلَ، لاَ دَوَاءٌ،

العاملان على مثل هذا لم يجز، لأن أحدهما يأخذ بعض ربح صاحبه بغير شيء. انتهى. أبو الحسن: قوله: «على أن لك» ظاهره أن الشرط من رب المال على العاملين، وأما في الصورة الثانية فهو من العامل خاصة، وظاهر الكتاب أن الحكم فيهما سواء انتهى. ثم قال: زاد في الأمهات: وإنما يجوز من هذا إذا عملا على ما يجوز في الشركة بينهما. عياض قال بعضهم: عملهما على قدر إجزائهما من الربح جائز ونحوه لحمديس. وفي سماع أصبغ: لا خير فيه فإن عملا مضى. وقال بعض مشايخنا المتأخرين: الصواب جوازه انتهى. وبعض مشايخه المشار إليه هو ابن رشد، كذا نسبه في التوضيح له وهو له في رسم البيوع من سماع أصبغ من القراض، وهذا هو المشهور. وعليه فإذا فات قال في التوضيح: قال محمد وابن حبيب: يقسم الربح على ما سموا ويرجع صاحب القليل على صاحب الكثير بفضل عمله. وقال أحمد بن خالد: بل على رب المال. وقال جماعة: بل يردان إلى حكم القراض الفاسد. ثم اختلف هؤلاء فقال التونسي: يكونان أجيرين. وقال فضل: لهما قراض مثليهما. ابن عبد السلام: وقول التونسي أظهر عندي وأجرى على قواعد المذهب انتهى. وهو الجاري على ما قدمه الشيخ في قوله: «وفيما فسد غيره أجرة مثله انتهى. ص: **(لغير أهل)** ش: فإن سافر من بلد له بها أهل إلى بلد له بها أهل أيضاً فلا نفقة له في ذهابه ولا في رجوعه، ولو أخذه من بلد ليس فيه أهله ثم خرج إلى بلد له فيها أهل فلا نفقة في ذهابه ولا في إقامته وله النفقة في رجوعه. قاله في المدونة. ص: **(لا دواء)** ش: قال أبو الحسن: قال الباجي: وله أن يحتجم ويحلق رأسه ويفصد

صاحبه، فإذا وصل إلى مصره لم يأكل منه **(ولم يبن بزوجته)** من المدونة: لو خرج بالمال إلى بلد فنكح بها فإذا دخل وطنها فمن يومئذ تكون نفقته على نفسه **(واحتمل المال)** تقدم نص المدونة إن كان المال يحمل ذلك **(لغير أهل)** من المدونة: لو أخذ مالاً قراضاً بالفسطاط وله بها أهل فخرج به إلى بلد له فيها أهل، فلا نفقة له في ذهابه ولا في رجوعه لأنه ذهب إلى أهله ورجع إلى أهله **(وحج وغزو)** من المدونة: قيل لمالك: عندنا تجار يأخذون المال قراضاً يشترون به متاعاً يشهدون به الموسم، لولا ذلك ما خرجوا، هل لهم في المال نفقة؟ فقال: لا نفقة لحاج ولا لغازٍ في مال القراض في ذهاب ولا رجوع **(بالمعروف)** تقدم نصها بالمعروف **(في المال)** تقدم نص المدونة: كانت نفقته في سفره من المال انتهى. وانظر إن بعث معه بضاعة قال ابن رشد: وافق ابن القاسم مالكاً أنها إن كانت كثيرة لها بال أن للمبضع معه. أن يفض نفقته على البضاعة وعلى ماله قياساً على القراض. انظر ثالث مسألة من كتاب البضائع **(واستخدام إن تأهل)** من المدونة قال مالك: للعامل أن يؤاجر من مال القراض من يخدمه في سفره إن كان المال كثيراً وكان مثله لا يخدم نفسه **(لا دواء)** سمع القرينان: أيشرب الدواء ويدخل الحمام من القراض؟ قال: ما كانت هذه الأشياء يوم كان القراض إن قلم ظفره أو أخذ

وَٱكْتَسَى، إِنْ بَعُدَ، وَوُزِّعَ، إِنْ خَرَجَ لِحَاجَةٍ، وَإِنْ بَعْدَ أَنِ ٱكْتَرَى. وَتَزَوَّدَ. وَإِنِ ٱشْتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَى رَبِّهِ عَالِماً: عَتَقَ عَلَيْهِ، إِنْ أَيْسَرَ، وَإِلاَّ بِيعَ بِقَدْرِ ثَمَنِهِ وَرِبْحِهِ قَبْلَهُ، وَعَتَقَ بَاقِيهِ، وَغَيْرَ عَالِمٍ، فَعَلَى رَبِّهِ، وَلِلْعَامِلِ: رِبْحُهُ فِيهِ وَمَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ وَعَلِمَ عَتَقَ عَلَيْهِ بِالأَكْثَرِ مِنْ قِيمَتِهِ أَوْ ثَمَنِهِ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ فِي الْمَالِ فَضْلٌ، وَإِلاَّ فَبِقِيمَتِهِ، إِنْ أَيْسَرَ فِيهِمَا، وَإِلاَّ بِيعَ بِمَا وَجَبَ،

ويدخل الحمام إن احتاج إليه انتهى. وقال في التوضيح في قول ابن الحاجب: «وللعامل نفقته

من شعره كان من القراض، وأما الحجامة والحمام فخفيف. ابن رشد: قوله: «ما كانت هذه الأشياء يوم كان القراض» يريد ما كان يؤخذ عليها في الزمان الأول أعواض، والواجب الرجوع في كل ذلك للعرف في كل زمان وفي كل بلد ما العادة أن لا يؤخذ عليه عوض لم يعط عليه من مال القراض، وما العادة أخذ العوض عليه وقدره يسير يتكرر جاز أن يعطى منه لدخول رب المال عليه لتكرره بخلاف الدواء **(واكتسى إن بعد)** من المدونة قال مالك: للعامل أن يكتسي من القراض في بعيد السفر إن كان المال يحمل ذلك، ولا يكتسي في قريبه إلا أن يكون مقيماً بموضع إقامة يحتاج فيها إلى الكسوة **(ووزع إن خرج لحاجة وإن بعد اكترى وتزود)** من المدونة قال مالك: إن تجهز للسفر بمال أخذه قراضاً من رجل اكترى وتزود ثم أخذ قراضاً ثانياً من غيره فليحسب نفقته وركوبه على المالين بالحصص، وكذلك إن أخذ مالاً قراضاً فسافر به وبمال نفسه فالنفقة على المالين. قال مالك: وإن خرج في حاجة لنفسه فأعطاه رجل قراضاً، فله أن يفض النفقة على مبلغ قيمة نفقته في سفره ومبلغ القراض فيأخذ من القراض حصته ويكون باقي النفقة عليه. قال في العتبية: ينظر قدر نفقته فإن كانت مائة والقراض سبعمائة فعلى المال سبعة أثمان النفقة **(وإن اشترى من يعتق على ربه عالماً عتق عليه إن أيسر وإلا بيع بقدر ثمنه وربحه قبله وعتق باقيه)** من المدونة قال ابن القاسم: إذا اشترى العامل أبا رب المال وهو يعلم به، فإن كان العامل مليئاً عتق عليه لضمانه بالتعمد والولاء للابن ويغرم العامل ثمنه. قال ابن المواز: كان الثمن أكثر من القيمة أو أقل. ابن يونس: لأنه تعمد تلف ذلك المال عليه فوجب أن يغرمه له وهو حر بعقد الشراء، فإن لم يكن للعامل مال بيع منه بقدر رأس مال الابن وحصة ربحه، وعتق على العامل ما بقي له منه. ومعنى حصة ربحه أي حصة ربحه في الثمن الذي اشتراه به لا ربحه في الأب، لأنه لا يربح في أبيه فكأنه ملكه تلك الحصة **(وغير عالم فعلى ربه والعامل ربحه فيه)** من المدونة: وإذا اشترى العامل أبا رب المال ولم يعلم عتق على الابن وكان له ولاؤه وعليه للعامل حصة ربحه إن كان فيه فضل **(ومن يعتق عليه وعلم عتق بالأكثر من قيمته وثمنه ولو لم يكن في المال فضل وإلا فبقيمته إن أيسر فيهما وإلا بيع بما وجب)**. ابن رشد: إذا اشترى العامل من يعتق عليه وهو عالم موسر وفيه ربح فإنه يعتق عليه ويؤدي إلى رب المال رأس ماله، وحصته من الربح يوم الحكم إلا أن يكون ثمنه الذي اشتراه به أكثر من قيمته يوم الحكم فيؤدي إلى رب المال رأس ماله وحصته من الربح من الثمن الذي اشتراه به، لأنه إنما اشتراه وهو عالم أنه يعتق عليه فقد رضي أن يؤدي إلى رب المال ما يجب له من الثمن الذي اشتراه به في رأس ماله وحصته من الربح، فيكون لرب المال أخذه بالأكثر. ابن رشد: وكذا أيضاً إذا لم يكن فيه ربح فإنه أيضاً يعتق

وَإِنْ أَعْتَقَ مُشْتَرًى لِلْعِتْقِ: غَرِمَ ثَمَنَهُ وَرِبْحَهُ، وَلِلْقِرَاضِ قِيمَتُهُ يَوْمَئِذٍ، إلاَّ رِبْحَهُ، فَإِنْ أَعْسَرَ: بِيعَ مِنْهُ بِمَا لِرَبِّهِ، وَإِنْ وَطِىءَ أَمَةً: قَوَّمَ رَبُّهَا، أَوْ أَبْقَى، إِنْ لَمْ تَحْمِلْ، فَإِنْ أَعْسَرَ آتْبَعَهُ بِهَا، وبِحِصَّةِ الْوَلَدِ، أَوْ بَاعَ لَهُ بِقَدْرِ مَالِهِ،

في السفر وفي إقامته بغير وطنه بالمال بالمعروف» هكذا في المدونة أي من غير سرف من طعامه

عليه ويؤدي إلى رب المال الأكثر من قيمته يوم الحكم، أو من الثمن الذي اشتراه به لأن لما اشتراه وهو عالم بأنه يعتق عليه فقد رضي أنه يؤدي إليه الثمن الذي اشتراه به وهو لا يعلم أنه ممن يعتق عليه، وهو أيضاً موسر وفيه ربح فإنه يعتق عليه نصيبه ويقوم عليه سائره يوم الحكم كحكم العبد بين الشريكين يعتق أحدهما نصيبه منه وهو موسر. وأما إذا اشترى من يعتق عليه وهو غير عالم وكان أيضاً موسراً ولا ربح، فإنه يباع ويدفع إلى رب المال ماله انتهى. وهذه صور أربع وهي كلها في حال يسر العامل. صورة خامسة: اشترى العامل من يعتق عليه وهو عالم معسر وفيه ربح. قال ابن رشد: قال في الكتاب إنه يباع منه بقدر رأس المال وربح رب المال، يريد يوم الحكم فيدفع إلى رب المال ويعتق ما بقي. راجع المقدمات ففيها طول وتمثيل. صورة سادسة: اشتراه وهو عالم معسر وليس فيه ربح فلا يعتق عليه ويتبع بقيمته ديناً في ذمته. صورة سابعة: اشتراه وهو غير عالم وهو معسر وفيه فضل، قال ابن رشد: فإنه يباع بقدر رأس المال وحصة رب المال يوم الحكم ويعتق الباقي. صورة ثامنة: اشتراه وهو لا يعلم أنه يعتق عليه وهو أيضاً معسر ولا فضل فيه. قال ابن رشد: حكم هذا حكم من اشترى من يعتق عليه وهو عالم موسر ولا ربح فيه فإنه يباع ويدفع إلى رب المال ماله، لا فرق في هذا الوجه بين الموسر والمعسر انتهى بتقديم وتأخير من المقدمات. رمت بذلك أن أساير خليلاً ومع ذلك لم يتجه لي ما رمت فانظر أنت في ذلك **(وإن أعتق مشترى للعتق غرم الثمن وربحه وللقراض قيمته يومئذ وربحه فإن أعسر بيع منه بما لربه)**. ابن رشد: إذا أعتق العامل عبداً أو جارية من مال القراض، فإن كان موسراً اشتراه للعتق عتق عليه وغرم لرب المال رأس ماله أو رأس ماله وربحه إن كان فيه فضل، وإن كان موسراً واشتراه للقراض ثم أعتقه عتق عليه وغرم لرب المال قيمته يوم العتق إلا قدر حظه منه إن كان فيه فضل، وأما إن كان معسراً فلا يعتق منه شيء إلا أن يكون فيه فضل فيباع منه لرب المال بقدر رأس المال وربحه ويعتق الباقي على العامل **(وإن وطىء أمة قوم بها أو أبقى إن لم تحمل)**. ابن عرفة: لو وطىء العامل أمة من مال القراض ولم تحمل فللصقلي عن محمد يغرم قيمتها، وإن كان عديماً بيعت فيها. ابن شاس: لرب المال تضمينه قيمتها أو ثمنها. راجع ابن عرفة **(فإن أعسر اتبعه بها وبحصة الولد أو باع له بقدر ماله)** انظر هل نقص هنا شيء؟ قال ابن رشد: إن وطىء العامل أمة من مال القراض وحملت وله مال أخذ منه قيمتها يوم وطئها فيجبر به القراض وكانت أم ولد له، وإن لم يكن له مال ولا كان فيها فضل بيعت واتبع بقيمة الولد ديناً، واختلف إن كان فيها فضل فقيل: إنه يباع منها لرب المال بقدر رأس ماله وربحه ويكون ما بقي بحساب أم ولد، وقيل يكون حكمها حكم الأمة بين الشريكين يطؤها أحدهما فتحمل ولا مال له على الاختلاف المعلوم في ذلك، وأما إن كان اشتراها للوطء فوطئها فحملت، فإن علم أنه اشتراها لنفسه من مال القراض فلا تباع ويتبع بالثمن

وَإِنْ أَحْبَلَ مُشْتَرَاهُ لِلْوَطْءِ: فَالثَّمَنُ، وَاتُّبِعَ بِهِ، إِنْ أَعْسَرَ، وَلِكُلٍّ: فَسْخُهُ قَبْلَ عَمَلِهِ: كَرَبِّهِ، وَإِنْ تَزَوَّدَ لِسَفَرٍ وَلَمْ يَظْعَنْ، وَإِلاَّ فَلِنُضُوضِهِ، وَإِنِ اسْتَنَضَّهُ: فَالْحَاكِمُ، وَإِنْ مَاتَ فَلِوَارِثِهِ الأَمِينِ أَنْ يُكَمِّلَهُ، وَإِلاَّ أَتَى بِأَمِينٍ كَالأَوَّلِ، وَإِلاَّ سَلَّمُوا هَدَراً. وَالْقَوْلُ لِلْعَامِلِ فِي تَلَفِهِ وَخُسْرِهِ،

وشرابه وركوبه ومسكنه. أشهب عن مالك: وحجامته وحمامه قالوا: وليس له دواء. انتهى. ص: **(ولكل فسخه قبل عمله)** ش: نحوه لابن الحاجب. قال في التوضيح: أي رده والرجوع وإذا كان العقد غير لازم فلا يطلق عليه الفسخ إلا بطريق المجاز. انتهى. ص: **(كربه وإن تزود لسفر ولم يظعن)** ش: يعني وأما العامل فليس له حينئذ الفسخ. قال في التوضيح: اللهم إلا أن يدفع لرب المال رأسه ماله. وقوله: «ولم يظعن» مفهومه أنه إذا ظعن فليس له الفسخ. ولو قال له رب المال: أنا أنفق عليك حتى أردك وهو كذلك. قال في المدونة: ولرب المال رد المال ما لم يعمل به العامل أو يظعن به لسفر، وليس له أن يقول بعد ظعنه: ارجع وأنا أنفق عليك. انتهى. ص: **(والقول للعامل في تلفه وخسره ورده)** ش: وهل يحلف؟ أما في دعوى الرد

الذي اشتراها به في ذمته قولاً واحداً انتهى. ومن ابن يونس: روى عيسى عن ابن القاسم: إذا تسلف العامل من مال القراض ما ابتاع به أمة فوطئها فحملت فقد عرفتك بقول مالك، وهو رأى أن يأخذ منه ما اشتراها به في ملكه ويتبع به في عدمه، وأما لو اشتراها للقراض يريد ويثبت ذلك ثم تعدى. فهذه تباع في عدمه، قال عيسى: ويتبع بقيمة الولد ديناً إلا أن يكون في القراض فضل فيكون كمن وطيء أمة بينه وبين شريكه **(وإن أحبل مشتراة للوطء فالثمن واتبع به إن أعسر)** تقدم نقل ابن يونس وقول ابن رشد قولاً واحداً فانظره **(ولكل فسخه قبل عمله)** تقدم قبل قوله: «وزكاته على أحدهما» إن القراض لا يلزم بالعقد ولمن شاء حله **(كربه وإن تزود لسفر ولم يظعن)** من المدونة قال مالك: لرب المال رد المال ما لم يعمل به العامل أو يظعن به لسفر. وإن ابتاع به سلعاً وتجهز يريد بعض البلدان فنهاه ربه أن يسافر به، فليس له أن يمنعه بعد شرائه لأنه يبطل عليه عمله كما لو اشترى سلعاً فأراد رب المال أن يبيع ذلك مكانه فليس له ذلك، ولكن ينظر السلطان فيؤخر منها ما يرجى له سوق لئلا يذهب عمل العامل باطلاً. محمد: لو اشترى مثل الزاد والسفرة. فإن رضي رب المال بأخذ ذلك بما اشتراه فذلك له **(وإلا فلنضوضه وإن استنضه فالحاكم)** من المدونة قال مالك: ليس لرب المال جبر العامل على بيع سلع قراضه لأخذ رأس ماله وينظر الإمام فيها، إن رأى وجه بيعها عجله وإلا أخره إلى إبان سوقها كالحبوب تشترى في الحصاد ترفع لإبان نفاقها، والضأن تشترى قبل أيام النحر ترفع ليومه. اللخمي: وكذا العامل إن أراد تعجيل بيعها وأبى ربها **(وإن مات فلوارثه الأمين أن يكمله وإلا أتى بأمين كالأول وإلا سلموا هدراً)** من المدونة قال مالك: من أخذ قراضاً فعمل به ثم مات العامل، فإن كان ورثته مأمونين قيل لهم: تقاضوا الديون وبيعوا السلع وأنتم على سهم وليكم، فإن لم يؤمنوا وأتوا بأمين ثقة كان ذلك لهم، وإن لم يأتوا بأمين ولم يكونوا مأمونين سلموا ذلك إلى ربه ولا ربح لهم **(والقول للعامل في تلفه وخسره)**. ابن الحاجب: والعامل أمين فالقول قوله في ضياعه وخسرانه.

وَرَدِّهِ إِلَى رَبِّهِ إِنْ قُبِضَ بِلاَ بَيِّنَةٍ، أَوْ قَالَ قِرَاضٌ، وَرَبُّهُ بِضَاعَةٌ بِأَجْرٍ، أَوْ عَكْسُهُ، أَوْ ادَّعَى عَلَيْهِ الغَصْبَ، أَوْ قَالَ أَنْفَقْتُ مِنْ غَيْرِهِ، وَفِي جُزْءٍ إِنِ ادَّعَى مُشْبِهاً، وَالْمَالُ بِيَدِهِ وَدِيعَةٌ، وَإِنْ لِرَبِّهِ، وَلِرَبِّهِ

فيحلف اتفاقاً. قاله ابن الحاجب. وأما في التلف فأجراه ابن الحاجب على الخلاف في أيمان التهم.

تنبيهات: الأول: حكم المبضع معه حكم المقارض في دعوى الرد والتلف كما تقدم في العارية.

الثاني: قولهم: إنه يقبل قوله في رد المال يعني إذا قبضه بغير بينة، وقد تقدم كلام القاضي عبد الوهاب في الوكالة وكلام ابن رشد في العارية. وهذا إن ادعى أنه رد جميعه أو

اللخمي: إن اختلفا في تلفه فقال العامل: ضاع أو سقط مني أو سرق أو غرق أو ما أشبه ذلك، كان القول قول العامل في جميع ذلك لأنه أمين والأمين مصدق في أمانته مأموناً كان أو غير مأمون، لأن رب المال رضيه أميناً واختلف في يمينه **(وردّه إن قبض بلا بينة)**. اللخمي: إن اختلفا في رده وكان أخذه بغير بينة كان القول قوله مع يمينه وإن كان ثقة لأن رب المال يدعي عليه التحقيق، وإن أخذه ببينة لم يقبل قوله في رده. هذا قوله في المدونة **(أو قال قراض وربه بضاعة بأجر)** من المدونة: إن قال العامل قراض وقال ربه: بل أبضعتكه لتعمل به، فالقول قول رب المال مع يمينه. قال بعض فقهاء القرويين: إن كان أمرهم أن للبضاعة أجراً فالأشبه أن يكون القول قول العامل. راجع المقدمات **(وعكسه)** اللخمي: إن قال العامل بضاعة بأجرة وقال صاحب المال قراضاً، كان القول قول العامل مع يمينه **(أو ادعى عليه الغصب)** ابن الحاجب: إن قال الصانع قراض وقال رب المال بل غصبتنيه لم يصدق، وقيل إلا أن يشبه. ابن عرفة: لا أعرف نص هذا الفرع ويقرب منه قولها إن قال الصانع استعملتني هذا المتاع وقال ربه سرقته مني، فالقول قول الصانع، فإن كان ممن لا يشار إليه بذلك عوقب رب الثوب وإلا لم يعاقب **(أو قال أنفقت من غيره)** انظر هذا الإطلاق. ومن المدونة: إن قال أنفقت في سفري من مالي مائة درهم لا رجع بها في مال القراض صدق ولو خسر ورجع بها في المال إن أشبه نفقة مثله، وإن ادعى ذلك بعد المقاسمة لم يصدق **(وفي جزء الربح إن ادعى مشبهاً والمال بيده أو وديعة وإن لربه)** ابن الحاجب: القول قول العامل في جزء الربح إن أتى بما يشبه والمال بيده أو وديعة ولو عند ربه. وقال اللخمي: إن اختلفا في الجزء فقال العامل: أخذته على النصف وقال الآخر على الثلث، فإن كان لم يعمل فالقول قول رب المال لأن له أن ينتزعه منه، وإن أحب الآخر أن يعمله على الثلث عمل أو ردّه، فإن اختلفا بعد العمل وفي المال ربح كان القول قول العامل إذا كان المال في يديه أو سلمه على وجه الإيداع حتى يتفاصلا فيه، لأنه تسليمه على هذه الصفة ليس بتسليم. وإن أسلمه ليتصرف فيه رب المال ويكون جزء العامل سلفاً عنده كان القول قول رب المال أنه على الثلث **(ولربه إن ادّعى الشبه)** من المدونة: إن اختلفا في قدر الربح بعد العمل ولم يشبه قول العامل رد القراض إلى قراض المثل. ابن يونس: وقال ابن حبيب: القول قول ربه إن أشبه وإلا ردّ القراض إلى قراض المثل. ابن عرفة: ما ذكره ابن حبيب من أن القول قول ربه إن أشبه ولم يشبه قول

إِنِ ادَّعَى الشُّبَهَ فَقَطْ، أَوْ قَالَ قَرْضٌ فِي قِرَاضٍ، أَوْ وَدِيعَةٍ أَوْ فِي جُزْءٍ قَبْلَ الْعَمَلِ مُطْلَقاً، وَإِنْ قَالَ وَدِيعَةٌ ضَمِنَهُ الْعَامِلُ، إِنْ عَمِلَ، وَلِمُدَّعِي الصِّحَةِ وَمَنْ هَلَكَ وَقِبَلَهُ: كَقِرَاضٍ أُخِذَ، وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ وَحَاصَّ غُرَمَاءَهُ، وَتَعَيَّنَ بِوَصِيَّةٍ، وَقُدِّمَ صَاحِبُهُ فِي الصِّحَّةِ وَالْمَرَضِ، ولا يَنْبَغِي لِعَامِلٍ: هِبَةٌ، وَتَوْلِيَةٌ، وَوَسِعَ أَنْ يَأْتِيَ بِطَعَامٍ كَغَيْرِهِ، إِنْ لَمْ يَقْصِدِ التَّفَضُّلَ، وَإِلاَّ فَلْيَتَحَلَّلْهُ؛ فَإِنْ أَبَى: فَلْيُكَافِئْهُ.

رد بعضه وكان الباقي لا يفي برأس المال وإنما يفي بما رده، وأما لو كان الباقي يفي برأس المال لكان القول قول رب المال ما دام في الباقي ربح. قال في المدونة في كتاب القراض: وإن قال العامل: رددت إليك رأس مالك والذي بيدي ربح، وقال رب المال: لم تدفع إليّ شيئاً، صدق رب المال ما دام في المال ربح وعلى العامل البينة. قال ابن يونس: وحُكي عن القابسي أنه قال: معنى ذلك إذا قال: ما في يدي هذا ربح بيني وبينك لأنه أقر أن حق رب المال قائم بيده بعد، وأما إن قال: رددت إليك المال وحصتك من الربح وما في يدي حصتي من الربح لكان القول قول العامل إذا كان قبضه بغير بينة كما لو لم يكن في المال ربح فادعى أنه رده إلى صاحبه لكان القول قوله مع يمينه. انتهى. وقال اللخمي في تبصرته بعد كلام المدونة: وينبغي أن يقبل

العامل به فسر الباجي المذهب غير معزو لابن حبيب **(فقط)** انظر إن كان يشير بهذا إلى أنه إذا أشبه قولاهما رد لقراض المثل كما إذا لم يشبه قول واحد منهما **(أو قال قراض في قراض أو وديعة)** من المدونة قال ابن القاسم: إن أخذ رجل من رجل مالاً وقال: هو بيدي وديعة أو قراض وقال ربه بل أسلفتكه، فالقول قول رب المال مع يمينه لأن العامل قد أقر أن له قبله مالاً ويدعي أن لا ضمان عليه فيه. ولو قال ربه أعطيته قراضاً وقال العامل: بل سلفاً صدق العامل لأن رب المال ها هنا مدع في الربح فلا يصدق **(أو في جزء قبل العمل مطلقاً)** هذا هو مقتضى ما تقدم للخمي أن القول قول رب المال وإن لم يشبه لأن له أن ينتزعه **(وإن قال وديعة ضمنه العامل إن عمل)** ابن الحاجب: إن قال رب المال وديعة ضمنه العامل بعد العمل لا قبله **(ولمدعي الصحة)** من المدونة: إن ادعى أحدهما ما لا يجوز كدعوى أن له من الربح مائة درهم ونصف ما بقي، صدق مدعي الحلال منهما إن أتى بما يشبه **(ومن هلك وقبله كقراض أخذ وإن لم يوجد وحاص غرماءه)** من المدونة قال مالك: ومن هلك وقبله قراض وودائع لم توجد ولم يوص بشيء فذلك في ماله ويحاص به غرماءه. وانظر حكموا في مال الميت برأس مال القراض مع احتمال الضياع والخسارة. قال البرزلي: ولا يفض على التركة بالربح إلا أن يحقق **(وتعين بوصية وقدم في الصحة والمرض)** من المدونة: من أقر بوديعة بعينها أو في قراض بعينه في مرضه وعليه دين ببينة في صحته أو بإقراره في مرضه هذا قبل إقراره بذلك أو بعد، فلرب الوديعة والقراض أخذ ذلك بعينه دون غرمائه، وإن لم يعينها وجب التحاصص بها مع غرمائه **(ولا ينبغي لعامل هبة أو تولية ووسع أن يأتي بطعام كغيره إن لم يقصد التفضل وإلا فليتحلله وإن أبى فليكافئه)** من المدونة قال مالك: ليس للعامل أن يهب من مال القراض شيئاً ولا يولي ولا يعطي عطية ولا يكافىء منه أحداً، فأما أن يأتي بطعام إلى قوم ويأتون بمثله فأرجو أن يكون ذلك له واسعاً إذا لم

....

قوله، وكذلك إذا قال: هذا ربحي وكما لو قال: رددت بعض رأس المال، ولا فرق بين قوله: «رددت بعض رأس المال» أو «جميعه دون الربح» أو «لم أربح شيئاً» أو «ربحت وسلمت إليك رأس المال ونصيبك من الربح». وقد قال مالك في كتاب محمد في المساقي يقول بعد جذاذ الثمرة لصاحب الحائط: قد دفعت إليك نصيبك، فالقول قول العامل وإن كان يقول: هذا الذي في يدي نصيبي فكذلك القراض. انتهى. قال ابن عرفة بعد ذكره ما تقدم: ففي قبول دعوى العامل رد المال مقراً ببقاء ربح بيده، ثالثها إن ادعى رد حظ رب المال منه. للخمي ولها وللقابسي انتهى. وقال الجزولي في شرح قول الرسالة: ومن قال: رددت إليك ما وكلتني عليه أو على بيعه أو دفعت إليك ثمنه أو وديعتك أو قراضك، فالقول قوله يريد إلا أن يقول له: رددت إليك رأس المال والذي بيدي ربح بيني وبينك، وقال رب المال: لم تدفع لي شيئاً، صدق رب المال ما دام في المال ربح وعلى العامل البينة، وهذا نص ما في المدونة اهـ. وقال أبو الحسن في شرح قوله في المدونة في كتاب الوديعة: ومن بيده وديعة أو قراض لرجل فقال: رددت إليك ذلك فهو مصدق، ظاهره كان قبل المفاصلة أو بعد المفاصلة. قال في كتاب القراض: وإذا قال: رددت إليك رأس مالك وما بيدي ربح الخ. فهي تقييد بهذا انتهى.

الثالث: لو ادعى العامل أنه لم يعمل بالمال، فهل يكون القول قوله؟ الظاهر أن القول قوله ويحلف على ذلك ولم أر الآن فيه نصاً والله أعلم.

يتعمد أن يتفضل عليهم، فإن تعمد ذلك بغير إذن صاحبه فليتحلل صاحبه، فإن حلله فلا بأس به، وإن أبى فليكافئه بمثله إن كان شيئاً له مكافأة. ابن عرفة: مثل هذا في الموطأ وقرره الباجي بقوله: إن اجتمع مع رفقائه فجاؤوا بطعام على ما يتخارجه الرفقاء في السفر فذلك واسع، وإن كان بعضه أكثر من بعض ما لم يتعمد أن يتفضل عليهم بأمر مستنكر. وإن كان منهم من يأكل في بعض الأوقات أكثر من صاحبه ومن يصوم في يوم دون رفقائه فذلك جائز، وكذلك إذا أخرج كل واحد منهم بقدر ما يتساوى فيه ثم ينفقون منه في طعامهم وغيره مما مستهم الحاجة إليه، وذلك لأن انفراد كل إنسان بتولي طعامه يشق عليه ويشغله عما هو بسببه من أمر تجارته. ابن عرفة: وكذلك غير المسافرين. قاله بعض من لقيت وهو واضح اهـ. انظر هل يكون من هذا ما تعم به البلوى بين الأصهار والقرابات يشترون الكرم عصيراً ويسكر الجميع، وكان سيدي ابن سراج رحمه الله يقرر هذه المسألة ويمثل بالطلبة بالمدرسة وكونهم يطحن أحدهم دقيقه، فإذا فني دقيقه طحن الآخر من قمحه وهكذا، ولكن لقلة الامتحان لا أدري على ما كان يخرّج ذلك. ورأيت في نوازل البرزلي أن ابن عرفة أجاز أن يغدي أحدهم الحصادة ويعشيهم الآخر كما في المكاتب يأخذ أحدهما نجماً حتى يأخذ صاحبه النجم الآخر. وفي جامع الموطأ أن أبا عبيدة جمع أزواد الجيش. قال الباجي: يحتمل أن يكون ذلك بموافقة أهل الجيش ورضاهم وإن كان يجوز أن يكون بعضهم أكثر زاداً من بعض ويكون فيهم من فني زاده جملة

باب المساقاة

باب إنما تصح مساقاة شجر

قال ابن عرفة: المساقاة عقد على مؤنة نمو النبات بقدر، لا من غير غلته، لا بلفظ بيع أو

إلا أنهم أرادوا التواسي وقد قال ﷺ: «إن الأشعريين إذا أرملوا جمعوا زادهم فتواسوا فيه فهم مني وأنا منهم».(١) وانظر أيضاً من هذا المعنى إلغاء شريكي المفاوضة نفقتهما. وسمع ابن القاسم: لا بأس على عامل القراض في إعطاء السائل الكسرة وكذلك التمرات. ابن رشد: لأنه من اليسير الذي لا يتشاح في مثله. وكذا الوصي يعطي السائل من مال يتيمه وأصله قوله تعالى: ﴿أو ما ملكتم مفاتحه﴾ [النور: ٦١] الآية وانظر في ابن عرفة قول مالك إن دفع العامل لرب المال حظ ربحه من مال نفسه جاز. ابن رشد: هذا جائز إن كان على وجه السلف، ومنع سحنون ذلك إن كان أعطاه ذلك على وجه الشراء لأن ربحه ليس في ذمة العامل إنما هو في المال بعينه اهـ. انظر هذا مع ما في المنتقى أنه لا بأس أن يأخذ رب المال رأس ماله عيناً ويقسمان ما بقي من سلع أو غيرها، أو يأخذ رب المال رأس ماله سلعاً ويقسمان ما بقي من عين أو عرض بشرط أن يكون المأخوذ مما يجوز تسليم رأس المال فيه. وسمع ابن القاسم: إن سلف العامل في طعام ثم كره التقاضي فأسلم ذلك فرضي رب المال فلا بأس به، قال البرزلي: رأيت فتوى لابن عبد السلام أنه يجوز في القراض أن يأخذ عن الدنانير دراهم وعكسه بصرف وقته. وسئل عنها الغبريني فقال كذلك. قال البرزلي: بدليل أول مسألة من قراض العتبية مفهوم قوله قبل العمل أنه يجوز بعد العمل. ومن رسم العرية من سماع عيسى قارضه بعشرة تنقص خروبة. وانظر قبل هذا في الوكالة قبل قوله: «وحنث بفعله» نص ابن عرفة. وانظر فيه أيضاً ما يفضل عند المقارض إذا قدم من سفره كالجبة قال مالك: تترك له إلا أن يكون لها قدر ككسوة المرأة يموت أحد الزوجين قبل السنة لا تتبع المرأة بشيء من ذلك لها في السنة بخلاف النفقة. وانظر ما تقدم من قوله: «إن اشترى من يعتق عليه عالماً» هل العلم المشروط في هذا الفصل علمه بالأبوة أو الأخوة لا علمه بوجوب عتقه. قال ابن عرفة: هذا هو أصل المذهب لأن العلم بالحكم أو بالجهل به لا أثر له هنا إنما يعتبر العلم أو الجهل في أسباب الأحكام.

كتاب المساقاة

ابن شاس: في المساقاة بابان: الأول في أركانها وهي أربعة: متعلق العقد والمشروط للعامل والعمل وما به تنعقد. الباب الثاني في حكمها في حال الصحة والفساد. عياض: هي مشتقة من سقي الثمرة إذ هي معظم عملها وأصل منفعتها. وانظر قد قال مالك: إذا دخل الحائط سيل أقام فيه حتى استغنى عن الماء فلا يحاسبه رب الحائط بذلك. وانظر لو استأجره على سقيه قبل المطر فإنه يحط من الأجر. قال ابن شاس: المساقاة سنة على حيالها مستثنى من المخابرة وكراء الأرض بما يخرج منها

---

(١) رواه البخاري في كتاب الشركة باب١. مسلم في كتاب فضائل الصحابة حديث ١٦٧.

إِنَّمَا تَصِحُّ مُسَاقَاةُ شَجَرٍ وَإِنْ بَعْلاً ذِي ثَمَرٍ

إجارة أو جعل». فيدخل قولها لا بأس بالمساقاة على أن كل الثمرة للعامل ومساقاة البعل انتهى. ويبطل طرده على قول ابن القاسم بالعقد عليها بلفظ «عاملتك» لأنها ليست بمساقاة عند ابن القاسم. قال بعد ذلك الصيغة. ابن رشد: لا تنعقد إلا بلفظ المساقاة على قول ابن القاسم انتهى. ص: (وإن بعلاً) ش: قال في التوضيح: قال مالك في المدونة وغيرها: تجوز المساقاة على شجر البعل، وكذلك ما يشرب بالسيح لأنه قد يعجز عن الدواب والأجراء. قيل لمالك: فزرع البعل كزرع أفريقية ومصر وهو لا يسقى. قال: إن احتاج من المؤنة إلى ما يحتاج إليه شجر البعل ويخاف هلاكه إن ترك جازت مساقاته، وإن كان لا مؤنة فيه إلا حفظه وحصاده ودراسته لم تجز وتصير إجارة فاسدة، وليس زرع البعل كشجر البعل وإنما تجوز مساقاة زرعه على الضرورة والخوف عليه انتهى.

قلت: وقوله: «قيل فزرع البعل الخ» هو من كلامه في المدونة. قال ابن ناجي: معناه لا يشترط في شجر البعل خوف الهلاك كما يشترط في زرعه بل مجرد الحاجة. انتهى والله أعلم. ص: (ذي ثمر) ش: قال ابن غازي: أخرج به الشجر الذي لم يبلغ حد الإطعام كالودي فإن مساقاته غير جائزة حسبما صرح به اللخمي، وسيقول في الممنوعات: وشجر لم يبلغ خمس سنين وهو يبلغ أثناءها. انتهى.

تنبيه: فإن كان في الحائط ودي لم يبلغ حد الإطعام إلا أنه قليل، فهل تجوز المساقاة في الحائط جميعه ويكون تبعاً؟ الذي يفهم من كلام الباجي في المنتقى الجواز، فيكون قول المصنف «إلا تبعاً» راجع إلى المسائل الثلاث قبله. ونص الباجي عند قوله في الموطأ: ولا يشترط على العامل ابتداء عمل جديد من بئر يحفرها أو غرس يغرسه فيأتي به من عنده يعني أنه يشترط على العامل غرساً يأتي به من عنده فيغرسه في أرضه أو حائطه فإن ذلك لا يجوز. ورواه ابن المواز عن مالك. قال محمد: إن كان يسيراً أجزت المساقاة وأبطلت الشرط، وإن كان له قدر لم تجز. قال مالك: ولو شرط العمل في ذلك فقط ويكون أصل الغرس من عند صاحب

وبالجزء ومن بيع الثمرة والإجارة قبل طيبها وقبل وجوبها ومن الإجارة بالمجهول والغرر (**إنما تصح مساقاة شجر**). ابن عرفة: المساقاة عقد على مؤنة النبات بقدر لا من غير غلته لا بلفظ بيع أو إجارة أو جعل فيدخل قولها لا بأس بالمساقاة على أن كل الثمرة للعامل ومساقاة البعل. ابن رشد: تجوز المساقاة في كل أصل له ثمرة ما لم يحل بيع الثمرة، كان الأصل ثابتاً، أو غير ثابت إلا أن غير الثابت لا تجوز مساقاته إلا بعد أن ينبت ويستقل، ولا يجوز في شيء من البقول لأن بيعها يحل إذا نبتت واستقلت (**وإن بعلاً**) من المدونة: لا بأس بمساقاة النخل وفيها ما لا يحتاج إلى سقيه كمساقاة شجر البعل لأنها تحتاج إلى عمل المؤنة (**ذي ثمر**). عياض: من شروط المساقاة أنها لا تصح

لَمْ يَحِلَّ بَيْعُهُ وَلَمْ يُخْلِفْ

الحائط، فإن كان يسيراً لا تعظم فيه المؤنة فجائز، وإن كان كثيراً لم يجز، فإن وقع ذلك على الوجه الذي يجوز فقد روى ابن الموّاز عن مالك أنه أجير له أجر مثله، قال عيسى: إن كان العمل الكثير دون الأصل يرد إلى مساقاة مثله، وإن كان الودي من العامل رد إلى إجارة مثله وله قيمة غرسه مقلوعاً انتهى. وقوله: «على الوجه الذي يجوز» كذا في النسخة التي نقلت منها، والظاهر أنه سقط منه لا كما يدل عليه بقية كلامه فتأمله، فصواب العبارة أن يقول: «على الوجه الذي لا يجوز» ونقله ابن عبد السلام والمصنف في التوضيح والله أعلم. وقال في رسم كتب عليه حق: ولا بأس أن يشترط على العامل أن يسقي الجداول إذا كانت يسيرة. قال ابن رشد: هو من العمل اليسير الذي جوّز اشتراطه. ص: **(ولم يحل بيعه)** ش: احترازاً مما إذا حل بيعه كما إذا أزهى بعض الحائط فلا تجوز مساقاته، قال في المدونة: وإذا أزهى بعض الحائط لم تجز مساقاة جميعه لجواز بيعه. انتهى. قال ابن ناجي: تسامح في قوله: «لم تجز مساقاة جميعه» وإنما أراد لم تجز مساقاة شيء منه إذ لا ضرر على ربه في ذلك لجواز بيعه، وهذا هو المشهور. وقال سحنون: تجوز مساقاته. انتهى. قلت: وكذلك ينبغي أن لا تجوز المساقاة إذا أزهى ما يجاوره من الحوائط، على ما تقدم في بيع الثمار.

تنبيه: فإذا عمل رب الحائط في حائطه مدة ثم ساقاه قبل أن يثمر أو بعد أن أثمر ولم يحل بيع الثمرة جاز ذلك بشرط أن لا يرجع بأجرة ما سقى ولا بشيء منه. قاله في رسم مسائل البيوع من سماع أشهب من كتاب المساقاة. قال ابن رشد: فإن ساقاه بعد أن أسقى أشهراً على أن يتبعه بما سقى فإنه يرد إلى أجرة مثله انتهى. ص: **(ولم يخلف)** ش: احترز به مما يخلف كالبقول والقضب. بالضاد المعجمة . والموز والقرط. بالطاء المهملة. قاله في المدونة.

إلا في أصل يثمر أو ما في معناه من ذوات الأزهار والأوراق المنتفع بها كالورد والياسمين **(لم يحل بيعه)** من المدونة قال مالك: المساقاة في كل ذي أصل من الشجر جائزة ما لم يحل بيع ثمرها على ما يشترط من ثلث أو ربع أو أقل أو أكثر، ويجوز على أن للعامل جميع الثمرة كالربح في القراض انتهى. وانظر هذا فإن ما حل بيعه هو أيضاً جائز إعطاؤه بجزء لكن على وجه الإجارة. في الموطأ: مساقاة ما حل بيعه كالإجارة. قال سحنون: مساقاة ما حل بيعه هي إجارة جائزة. قال ابن يونس: كجواز بيع نصفه ولأن ما جاز بيعه جازت الإجارة به **(ولم يخلف)**. ابن شاس: للأصول التي تجوز مساقاتها شروط. الأول: أن يكون مما تجنى ثمرته ولا تخلف، واحترزنا بقولنا: «ولا تخلف» من الموز والقضب والقرط والبقل لأنه بطن بعد بطن وجزء بعد جزء. ابن رشد: كان ابن القطان يحمل المدونة على الجواز في القطن وإن لم يعجز عنه ربه بخلاف المقاثىء والزرع وهو بعيد إذ لا فرق بين القطن والزرع والمقاثىء، ولا يختلف في الورد والياسمين أنه لا يعتبر فيهما العجز. وفي المدونة: منعها في القرط والقضب والموز. ابن يونس: ومثل القضب البقل والكراث، واختلف في الريحان والقصب

إِلاَّ تَبَعاً، بِجُزْءٍ قَلَّ أَوْ كَثُرَ،

قال اللخمي: والكراث وكل ما ليس بشجر، وإذا جزءاً خلف فلا تجوز مساقاته وإن عجز عنه ربه. قاله في المدونة. والفرق بين البصل والكراث أن البصل جرت العادة فيه أنه إنما يجذ بأصوله بخلاف الكراث فإنه يجز وتبقى أصوله في الأرض. ص: **(إلا تبعاً)** ش: هو راجع إلى المسائل الثلاث التي قبله كما ذكرنا عن الباجي قبل وليس خاصاً بالمسألتين قبله كما قال ابن غازي.

تنبيه: وإذا كان ما يخلف تبعاً فلا يجوز اشتراطه لرب المال ولا إلغاؤه للعامل. قاله في رسم سن من سماع ابن القاسم. ص: **(بجزء قل أو كثر)** ش: لا مفهوم لقوله: «بجزء» وإنما نبه به على أنه لا تجوز المساقاة بكيل مسمى من الثمرة، ولم يرد أنه لا بد أن يكون المأخوذ جزءاً من الثمرة بل تجوز المساقاة على أن تكون الثمرة جميعها للعامل. قاله في المدونة وغيرها. قال ابن ناجي: وظاهرها أنها مساقاة حقيقة ويجبر العامل أو يستأجر من يعمل إلا أن يقوم دليل على أنه أراد الهبة لقلة المؤنة وكثرة الخراج. قال اللخمي: وهو مقتضى ما رواه ابن حبيب. وقال التونسي: هي كالهبة وإن انتفع ربها يسقي أصوله ولو مات قبل الحوز بطلت انتهى.

قلت: قال اللخمي متمماً للكلام الأول: ومتى أشكل الأمر حملا على المعاوضة لقوله: «أساقيك ورب الحائط أعلم بمنافعه ومصلحه ماله» انتهى. ونقله أبو الحسن. وقال في المقدمات: وتجوز المساقاة على أن تكون الثمرة كلها للعامل بعمله، وقد قيل فيه: إنه منحة فيفتقر إلى الحيازة ويبطل بالموت وهو بعيد انتهى.

قلت: وأما عكس هذا فظاهر جوازه وهو أن تكون الثمرة كلها لرب المال لأن العامل هنا متبرع بعمله.

تنبيه: يشترط في الجزء المأخوذ أن لا يكون مختلفاً، فلو كان في الحائط أصناف من الثمرة وشرط أن يأخذ من صنف منها النصف ومن صنف منها الثالث لم يجز، وكذلك لو كان فيه أنواع من الثمار فساقاه في نوع من الثمار منها بالنصف وفي نوع بالثلث لم يجز. قال ابن عرفة: والحائط مختلف نوع شجرة مختلطاً كمتحد. اللخمي: واختلاف ثمرته بالجودة والرداءة كتساويها، وتعدد الحوائط وثمرها سواء في الجودة والرداءة والعمل أو تقارب كواحد انتهى.

الحلو. ابن رشد: قصب السكر مثل الزرع والكمون **(إلا تبعاً)** من المدونة قال مالك: لا بأس أن يساقي الحائط وفيه من الموز ما هو تبع قدر الثلث فأقل ولا يكون لأحدهما، ويكون بينهما على سقاء واحد مثل الزرع الذي مع النخل وهو تبع لها كما قال ابن القاسم **(بجزء)**. عياض: من الشروط أن تكون المساقاة بجزء مشاع مقدر **(قل أو كثر)** تقدم نص المدونة: تجوز على ما يشترط من ثلث أو ربع

شَاعَ وَعُلِمَ بِسَاقِيتُ،

فرع: وقع في الموطأ وغيره في حديث خيبر أنه ﷺ كان يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص عليهم ثم يقول لهم: إن شئتم فلكم وإن شئتم فلنا بخرصها ونؤدي إليكم نصفها، هكذا ذكره في المقدمات، وفي الموطأ نحوه. قال الباجي: قال ابن مزين: سألت عيسى عن فعل عبد الله، أيجوز ذلك للمساقين والشريكين؟ فقال: لا يعمل ولا يصلح اقتسامه إلا كيلاً إلا أن تختلف حاجتهما إليه فيقتسمانه بالخرص. قال الباجي: وهذا الذي حمل عيسى الحديث عليه وأنه كان يسلم إليهم جميع الثمرة ليضمنوا حصة المسلمين منها لا يجوز لأنه بيع التمر بالتمر بالخرص في غير العرايا، فلذلك تأول الحديث على أن الخرص للقسمة خاصة. وإذا حمل الحديث على أنه إنما كان الخرص للزكاة سلم مما جاء به وأنكره وهو محتمل لذلك، ويكون قوله: «إن شئتم فلكم وإن شئتم فلنا» على سبيل التحقيق لصحة خرصه. انتهى بالمعنى. وخرص الحائط للقسمة إنما يجوز إذا كان للأكل بشروط تقدمت في باب القسمة. وقال في المقدمات: جاء في بعض الآثار تضمين اليهود نصيب المسلمين وفي بعضها تخييرهم من غير ذكر ضمان فأما تخييرهم في أخذهم الثمرة في رؤوس النخل بما فيه خرص عليهم من الثمرة يؤدونه عند الجداد من غير تضمين فليس بضيق، وقد أجازه جماعة من أهل العلم وهو على قياس ما قاله مالك في الخرص بسبب الزكاة، وأما تخييرهم في التزامهم ذلك مضموناً عليهم فهو من المزابنة ولا يكون إلا مفسوخاً، وقد ذكر عن بعض أهل العلم إجازته وهو بعيد انتهى.

فرع: قال في المدونة: وليس للعامل أن يعري من الحائط إذ ليست له نخلة معينة إلا أن يعري حصة من نخلات معينات فيجوز. قال أبو الحسن: أو يعري جميع حظه من الحائط قال: فإن أعرى شيئاً بعينه فإنه يمضي نصيبه للمعري ويرجع نصيب رب الحائط وليس للمعري أن يقول: اجمعوا حظي في هذه النخلات لأنه إنما أعراه شيئاً بعينه فاستحق فلا يلزم خلفه انتهى. وقاله اللخمي وزاد: وكذلك لو أعرى رب الحائط جميع حظه أو بعضه أو شيئاً بعينه. ص: (بساقيت) ش: قال في المقدمات: والمساقاة أصل في نفسها فلا تنعقد إلا بلفظ المساقاة على مذهب ابن القاسم، فلو قال رجل: استأجرتك على عمل حائطي هذا بنصف ثمرته لم يجز على مذهبه كما لا تجوز الإجارة عنده بلفظ المساقاة وذلك بين من قوله في الكتاب: إذا ساقاه في ثمرة قد طاب بعضها أن ذلك لا يجوز بخلاف قول سحنون فإنه يجزيها ويجعلها إجارة، ولمالك في كتاب ابن المواز مثله وكلام ابن القاسم أصح انتهى.

قلت: وعلى قول سحنون اقتصر ابن شاس وابن الحاجب. قال ابن الحاجب: الصيغة

وأقل وأكثر (شاع وعلم) تقدم نص عياض: مشاع مقدر. (بساقيت). عياض: لا تنعقد إلا بلفظ

لاَ نَقْصِ مَنْ فِي الْحَائِطِ

مثل ساقيتك أو عاملتك على كذا فيقول: قبلت وما في معناها من قول أو فعل انتهى. ص: **(ولا نقص من في الحائط)** ش: يعني أنه يشترط في صحة المساقاة أن لا يخرج رب الحائط ما كان في الحائط من عبيد ودواب وأجراء وآلة يوم عقد المساقاة، فإن شرط ذلك فسدت المساقاة. قال في المدونة: وما كان في الحائط يوم عقد المساقاة من رقيق وداب لربه فللعامل اشتراطهم، ولا ينبغي لرب الحائط أن يساقيه على أن ينزع ذلك منه فيصير كزيادة شرطها إلا أن يكون قد نزعهم قبل ذلك. ثم قال فيها: ولو شرط رب المال إخراج رقيقه ودوابه منه لم يجز، فإن نزل ذلك منه فللعامل أجرة مثله والثمرة لربها انتهى. قال أبو الحسن: قوله: «لا ينبغي» معناها المنع يدل عليه التعليل، وقوله: «إلا أن يكون قد نزعهم» استثناء منقطع انتهى. وقال ابن ناجي: قوله: «لا ينبغي» على التحريم للتعليل وصرح بذلك عبد الحق انتهى.

قلت: وآخر كلام المدونة صريح في أن ذلك على التحريم لأنه جعل ذلك مما تفسد المساقاة به. وقال ابن نافع ويحيى: وإذا كان في الحائط رقيق لا يدخلون إلا بشرط ووجه الأول أنه ﷺ لما ساقى أهل خيبر لم يخرج شيئاً مما في الحوائط. قاله في التوضيح.

تنبيه: في المدونة: إلا أن يكون قد نزعهم قبل ذلك. لفظه في الأم قلت: إن لم يشترطهم العامل وأراد المالك إخراجهم قال: قال مالك: أما عند معاملته واشتراطه فلا ينبغي إخراجهم، وإن كان إخراجهم قبل ذلك فلا بأس. هكذا نقله ابن عرفة وقال: انظر قولها: «وإن كان إخراجهم قبل ذلك فلا بأس» هل هو مطلقاً لأجل أنه مختلف فيه أو ما لم يكن ذلك لقصد إخراجهم من المساقاة كمن أراد طلاق زوجته فأخرجها من مسكنها لكي تعتد. ومال أبو حفص العطار إن أراد أن يساقي حائطه فأخرجهم ثم أقبل يسوم به فلا بأس إنما الذي لا يجوز أن يخرجهم عند إرادة عقدها مع من تكلم معه فيه انتهى. قلت: ما قاله أبو حفص هو الذي يفهم من كلام المدونة.

فرع: وليس للعامل أن يعمل بعمال رب المال ودوابه في غير الحائط المساقى عليه، ولا يجوز له أن يشترط ذلك. قاله في الموطأ. قال الباجي: لا يجوز للعامل أن يعمل بهم في غير الحائط المساقى عليه، سواء كان يعمل بهم في حوائط يملكها أو حوائط ساقى عليها من أجنبي أو عمل فيها بأجر، وأما رقيقه وعماله فله أن يستعملهم حيث شاء ويستبدل بهم كيف شاء لأنه إنما عليه العمل في الحائط، فإن اشترط ذلك على رب الحائط فسدت المساقاة لأنها زيادة اشتراطها، فإن فاتت بالعمل فقياس قول ابن القاسم أن يرد إلى إجارة مثلهم، وإن عمل بهم من

المساقاة على مذهب ابن القاسم، فلو قال استأجرتك على عمل حائطي أو سقيه بنصف ثمرتها أو ربعها لم يجز حتى يسميها مساقاة. **(ولا نقص من في الحائط ولا تجديد)** من المدونة قال مالك: لا ينبغي لرب

وَلاَ تَجْدِيد، وَلاَ زِيَادَةَ لأَحَدِهِمَا، وَعَمِلَ الْعَامِلُ: جَمِيعَ مَا يُفْتَقَرُ إِلَيْهِ عُرْفاً:

غير شرط منع من ذلك ولا يفسد العقد بذلك. انتهى بالمعنى. قلت: إلا أن يكون ذلك بإذن رب المال فيجوز والله أعلم. ص: **(ولا تجديد) ش:** يعني أنه يشترط أيضاً في صحة المساقاة أن لا يشترط العامل على رب الحائط أن يجدد فيه دواب وأجراء لم يكن فيه حين العقد، فإن شرط ذلك فسدت المساقاة يريد إلا أن يكون ذلك يسيراً كاشتراط دابة أو غلام في الحائط الكبير فإن ذلك جائز بلا خلاف كما سيذكره المصنف في الجائزات، فإطلاقه هنا مقيد بما سيأتي. قال في المدونة: وما لم يكن في الحائط يوم العقد فلا ينبغي أن يشترطه العامل على رب الحائط إلا ما قل كغلام أو دابة حائط كبير ولا يجوز ذلك في صغير، ورب حائط تكفيه دابة واحدة لصغره فيصير هذا يشترط جميع العمل على ربه، وإنما يجوز اشتراط ما قل فيما كثر، ولا يجوز للعامل أن يشترط على رب المال دواب أو رقيقاً ليسوا في الحائط. قال أبو الحسن: قوله: «لا ينبغي» معناه لا يجوز. وقال ابن ناجي: لا ينبغي على التحريم يدل عليه ما بعده وأخرج منه قوله «ولا يجوز» وهذا هو المشهور. وقال ابن نافع: لا بأس أن يشترط من الرقيق ما ليس فيه. قال اللخمي: وهو أقيس انتهى. ص: **(وعمل العامل جميع ما يفتقر إليه عرفاً) ش:** كذا في أكثر النسخ «عمل» بصيغة الفعل الماضي من العمل والعامل فاعله و«جميع» مفعوله، وفي بعض النسخ بجر العامل بـ«على» الجارة ورفع «جمع» على أنه مبتدأ تقدم خبره. والمعنى واحد غير أن «على» أبين في الدلالة على اللزوم قال في المدونة: ووجه العمل في المساقاة أن جميع العمل والنفقة وجميع المؤنة على العامل وإن لم يشترط ذلك عليه انتهى. يريد جميع الذي تفتقر إليه الثمرة ويقطع بانقطاعها أو يبقى منه بعدها الشيء اليسير. قال في المقدمات: عمل الحائط إن لم يتعلق بإصلاح الثمرة لم يلزم العامل ولا يصح أن يشترط عليه منه إلا اليسير يعني كسد الحظيرة وإصلاح الضفيرة قال: وإن تعلق بإصلاح الثمرة وكان ينقطع بانقطاعها أو يبقى بعدها الشيء اليسير فهذا يلزم المساقي وذلك كالحفر والسقي وزبر الكروم وتقليم الشجر والتسريب والتسديد وصلاح مواضع السقي والتذكير والجداد وما أشبه ذلك.

الحائط أن يساقيه على أن يترك ما كان فيه من غلمان أو دواب فيصير كزيادة شرطها إلا أن يكون قد نزعهم قبل ذلك. قال: وما لم يكن في الحائط يوم عقد المساقاة فلا ينبغي أن يشترطه العامل على رب الحائط إلا ما قل كغلام أو دابة في حائط كبير ولا يجوز ذلك في حائط صغير **(لا زيادة لأحدهما)**. عياض: لا يجوز أن يشترط أحدهما من الثمرة ولا من غيرها شيئاً معيناً خاصاً لنفسه **(وعمل العامل جميع ما يفتقر إليه)**. عياض: من الشروط أن يكون العمل كله على العامل. قال مالك في المدونة: جميع العمل والنفقة وجميع المؤنة على العامل وإن لم يشترط ذلك عليه. قال مالك: ويلزمه نفقة نفسه ونفقة دواب الحائط ورقيقه كانوا له أو لرب الحائط **(عرفاً)**. ابن الحاجب: لا يشترط تفصيل العمل ويحمل على العرف. ابن عبد السلام: لعل مراده إن كان العرف منضبطاً وإلا فلا بد من

كَإِبَّارٍ، وَتَنْقِيَةٍ، وَدَوَابٍّ وَأُجَرَاءَ،

قال: وإن كان يتأبد ويبقى بعد الثمرة كإنشاء حفر بئر أو إنشاء ضفيرة أو إنشاء غراس أو بناء بيت تجنى فيه الثمرة كالجرين وما أشبه ذلك، فلا يلزم العامل ولا يجوز اشتراط ذلك عليه عند المساقاة انتهى. ص: (كإبار) ش: قال في الصحاح: وتأبير النخل تلقيحه، يقال: نخلة مؤبرة مثل مأبورة، والاسم منه الإبار على وزن الإزار انتهى. ولم يذكر الفاكهاني في شرح الرسالة غير هذا والجاري على الألسنة الإبار بالتشديد وهو جائز، قال الزمخشري في قوله تعالى: ﴿وكذبوا بآياتنا كذابا﴾ [النبأ: ٢٨] فعال في باب فعل فاش من كلام فصاح من العرب لا يقولون غيره، وسمعني بعضهم أفسر آية فقال: لقد فسرتها فساراً ما سمع بمثله، وقال غير الزمخشري: هي لغة لبعض العرب يمانية والله أعلم. وقال أبو الحسن: التلقيح والتذكير والإبار ألفاظ مترادفة. قال في المدونة: ولا بأس باشتراط التلقيح على رب المال، فإن لم يشترط فهو على العامل. وقال بعده: وإنما يجوز لرب المال أن يشترط على العامل ما تقل مؤنته وذكر أشياء منها إبار النخل وهو تذكيرها انتهى. قال اللخمي: اختلف قول مالك في الإبار فجعله مرة على رب الحائط، ومرة على العامل فتأول بعضهم ذلك على أن على رب الحائط الشيء الذي يلقح به وعلى العامل العمل، قال اللخمي: وليس بالبين انتهى. قال في التوضيح بعد أن ذكر القولين: حمله بعضهم على الخلاف. قلت: الذي يظهر من المدونة أنه على العامل إلا أن يشترطه على رب المال وكلامه الأخير لا يعارض الأول ولذلك والله أعلم أطلق المصنف فيه.

البيان. انظر ابن عرفة. (كإبار وتنقية). عياض: الإبار والتنقية والتذكير بمعنى واحد. من المدونة: إنما يجوز لرب الحائط أن يشترط على العامل ما تقل مؤنته مثل سر والشرب وهو تنقية ما حول النخل من مناقع الماء، وضم العين وهو كنسها، وقطع الجريد وإبار النخل وسد الحظار واليسير من إصلاح الضفيرة ونحوه مما تقل مؤنته، فيجوز اشتراطه على العامل وإلا لم يجز. ابن حبيب: سد الحظار هو تحصين الجدر وتزريبها، والضفيرة هي محبس الماء ومجتمعه كالصهريج، فإن لم يشترط هذه الأشياء على العامل فهي على رب الحائط إلا الجداد والتذكير وسرو الشرب فهو على العامل وإن لم يشترط عليه. عياض: الشرب الحفرة حول النخلة يجتمع فيها الماء لسقيها ولشرب عروق النخلة منها، وسروها كنسها وتنقيتها مما يقع فيها وتوسعتها ليكثر فيها الماء، وضم العين كنسها مما لعله يسقط فيها أو ينهار من التراب، وسد الحظار - بالسين والشين - وقيل: ما حظر بزرب فبالشين، وما كان بجدار فبالمهملة. والضفيرة عيدان تنسج وتضفر وتطين فيجتمع فيها الماء كالصهريج. وقيل: هي مثل المنساة الطويلة في الأرض تجعل يجري الماء فيها بخشب وحجارة يضفر بعضها ببعض تمنع من انشقاق الماء على وجه الأرض حتى يصل إلى الحائط (ودواب وأجراء) من المدونة والواضحة: السنة في المساقاة أن على العامل جميع المؤنة والنفقة والأجراء والدواب والدلاء والحبال والأدوات من حديد وغيره إلا أن يكون شيء من ذلك في الحائط يوم عقد المساقاة فإن للعامل أن يستعين به

وَأَنْفَقَ، وَكَسَا، لاَ أُجْرَةُ مَنْ كانَ فِيهِ، أَوْ خَلَفَ مَنْ مَاتَ، أَوْ مَرِضَ

ص: **(وأنفق وكسا) ش:** يعني أن العامل يلزمه أن ينفق على الدواب والأجراء وأن يكسوهم، سواء كان له أو لرب الحائط. وهذا مذهب المدونة. قال فيها: وعليه نفقة نفسه ونفقة دواب الحائط من رقيقه كانوا له أو لرب الحائط، ولا يجوز أن يشترط نفقتهم أو نفقة العامل نفسه على رب الحائط. قال ربيعة: ولا تكون بينهما ولا شيء يكون من النفقة في ثمر الحائط، قال أبو الحسن: قول ربيعة تفسير، وقال اللخمي في مختصر ما ليس في المختصر: إن نفقة دواب رب الحائط عليه. ص: **(لا أجرة من كان فيه) ش:** يعني أن حكم الأجرة مخالف لحكم النفقة والكسوة فإنه إنما يلزم العامل أجرة من استأجره هو وأما من كان في الحائط عند عقد المساقاة فأجرته على ربه. قال في التوضيح هكذا. قال في الواضحة. وقيده اللخمي بما إذا كان الكراء وجيبة قال: وإن كان الكراء غير وجيبة فحكمه حكم ما لا أجراء فيه وخالف في ذلك الباجي، ورأى أن ذلك على ربه ولو كان غير وجيبة قال: وهذا إذا كان مستأجراً لجميع العام، وإن كان مستأجراً لبعضه فلم أر الآن في ذلك نصاً، وعندي أن عليه أن يستأجر من يتم العمل لأنه لو مات للزمه ذلك، فكذلك إذا انقضت مدة إجارته. وما ذكره عن الواضحة هو ظاهر المدونة لقوله فيها: وأما ما كان في الحائط يوم التعاقد من دواب ورقيق فخلف من مات منهم على رب الحائط وإن لم يشترط العامل ذلك عليهم إذ عليهم عمل العامل ولو شرط خلفهم على العامل لم يجز انتهى. وليس في المدونة التصريح بأن الأجرة على رب الحائط كما قال الشارح، وأما كلام اللخمي فمخالف لظاهر المدونة لأنه إذا كان عليه خلف من مات من الأجراء فذلك يقتضي أن الأجرة عليه، سواء كانت وجيبة أو غير وجيبة، وكذلك إذا انقضت الأجرة في بعض العام فظاهر المدونة أنه يلزمه إتمام الأجرة في بقية السنة أو استئجار شخص آخر خلفه. قال ابن ناجي في شرح المدونة: ذكر الموت في الكتاب طردي لقول اللخمي الإباق والتلف في أول العمل كالموت انتهى. قلت: وقال اللخمي أيضاً: لو أراد رب الحائط أن يخرج

وإن لم يشترطه **(وأنفق وكسا لا أجرة من كان فيه)** تقدم نص المدونة: تلزمه نفقة دواب الحائط ورقيقه كانوا له أو لرب الحائط. وقال الباجي: ما استأنف العامل من استجار الأجراء بأجرتهم على العامل، ومن كان فيهم يوم المساقاة فأجرتهم على رب الحائط، ولا يجوز اشتراط أجرتهم على العامل بخلاف نفقتهم وكسوتهم ذلك على العامل **(أو خلف من مات)** من المدونة: لا يجوز للعامل أن يشترط على رب الحائط خلف ما أدخل العامل فيه من رقيق أو دواب إن هلك ذلك، وأما ما كان للحائط يوم التعاقد من دواب أو رقيق فخلف ما مات منهم على رب الحائط وإن لم يشترط العامل ذلك إذ عليهم عمل العامل، ولو شرط خلفهم على العامل لم يجز. قال ابن حبيب: فإن شرط العامل على رب الحائط خلف ما أدخل العامل فيه أو شرط رب الحائط على العامل خلف ما هلك مما كان لرب الحائط فيه رد العامل في الوجهين إلى إجارة مثله **(أو مرض)**. الباجي:

كَمَا رَثَّ عَلَى الأَصَحِّ: كَزَرْعٍ، أَوْ قَصَبٍ، وَبَصَلٍ، وَمَقْثَأَةٍ؛ إِنْ عَجَزَ رَبُّهُ، وَخِيفَ مَوْتُهُ، وَبَرَزَ، وَلَمْ يَبْدُ صَلَاحُهُ، وَهَلْ كَذَلِكَ الْوَرْدُ وَنَحْوُهُ وَالْقُطْنُ؟ أَوْ كَالأَوَّلِ وَعَلَيْهِ الأَكْثَرُ؟

من فيه ويأتي بمن يعمل عملهم لم يكن للعامل في ذلك مقال والله أعلم. **ص: (كما رث على الأصح) ش:** يعني أن ما كان في الحائط من حبال أو أدلية وآلات من حديد ونحو ذلك يوم عقد المساقاة فإنه يكون للعامل، ولا يجوز لرب الحائط إخراجه. كما تقدم. وما لم يكن في الحائط فعلى العامل الإتيان به، فإذا رث ما كان في الحائط من الآلات أي بلي، فهل يجب على رب المال خلفه أو لا يلزم ربه خلفه ويكون خلفه على العامل؟ ذكر الباجي في ذلك قولين. قال: وكونه على العامل أظهر لأنه إنما دخل على أن ينتفع به حتى تهلك عينه وأمد انتهائها معلوم بخلاف العبد والدابة فإنه لا يعلم أمد ذلك. وجزم اللخمي بأن خلف ذلك على العامل ولم يحك فيه خلافاً إذا علم ذلك فقول المصنف: «كما رث» إن كان بكاف التشبيه كما هو في غالب النسخ فكان من حقه أن يذكر قبل قوله: «لا أجرة من كان فيه» كما قال ابن غازي، لأنه مشبه بما هو على العامل، وإن كان بـ«لا» النافية فهو مخرج من المنفي قوله أي ليس على العامل خلف من مات أو مرض ممن كان فيه وعليه خلف ما رث.

فرع: فلو سرق ما كان في الحائط من الأثاث كان على رب الحائط إخلافها اتفاقاً قاله في التوضيح. فإذا أخلفها ربه انتفع به العامل قدر ما كان ينتهي إليه المسروق ثم يختلف فيه حينئذ، فمن قال إذا بلي يلزم ربه خلفه قال يستمر العامل على الانتفاع به، ومن قال الخلف على العامل قال لربه أن يأخذه والله أعلم. **ص: (كزرع وقصب وبصل ومقثاة) ش:** تقدم الكلام على مساقاة زرع البعل أول الباب، والمقثاة بالثاء المثلثة قبل الألف والتاء الفوقية بعدها. **ص: (أو كالأول وعليه الأكثر) ش:** كلامه في المدونة كالصريح في هذا ونصه: ولا بأس

من مات من الرقيق والأجراء والدواب أو أبقوا أو مرضوا أو منعهم مانع من العمل ممن هو لصاحب الحائط فعليه خلف ذلك، لأن العقد كان على عمل في ذمة صاحب الحائط لكنه تعين بهؤلاء بالتسليم واليد **(كما رث على الأصح)** الباجي: لو استعمل ما في الحائط من الحبال والآلة حتى خلق، فعلى العامل خلفه. ولو سرق فعلى رب الحائط خلفه. قاله بعض شيوخنا. وقيل: على رب الحائط في الوجهين والأول أظهر **(كزرع وقصب وبصل ومقثاة إن عجز ربه)** ابن رشد: وما كان غير ثابت الأصل كالمقثاة والباذنجان والزرع والموز وقصب السكر فلا تجوز فيه المساقاة حتى يعجز عنه صاحبه. هذا على مذهب مالك. ابن يونس: رأى مالك أن السنة إنما وردت في الثمار ففعل الزرع وما أشبهه أخفض رتبة من الثمار فلم يجزه إلا عند شدة الضرورة التي هي سبب إجازة المساقاة، وهو أن يعجز عن القيام به وبعد خروجه من الأرض فيصير نبتاً كالشجر **(وخفيف مؤنة برز ولم يبد صلاحه)** من المدونة: إنما تجوز مساقاة الزرع إذا استقل من الأرض وإن أسبل إذا احتاج إلى الماء وإن ترك مات، فأما بعد جواز بيعه فلا يجوز سقاؤه **(وهل كذلك الورد ونحوه والقطن**

....

بمساقاة الورد والياسمين والقطن، وأما المقاثىء والبصل وقصب السكر فكالزرع تساقى إن عجز ربه انتهى. قال في التوضيح: وقول من حمل المدونة على الجواز مطلقاً أظهر انتهى. وقال في المقدمات: لا ينبغي أن يختلف أن المساقاة في الياسمين والورد جائزة على مذهب مالك وإن لم يعجز صاحبها عن عملها انتهى. وأما القطن فاستبعد ابن رشد الخلاف فيه على الإطلاق. وذكر في التوضيح عن ابن يونس أنه أشار إلى أن الخلاف في القطن ينبغي أن يكون خلافاً في حال، ففي بعض البلاد يكون شجرة كالأصول الثابتة تجنى سنين وفي بعضها تكون كالزرع يساقى إن عجز ربه انتهى. قال في التوضيح: ليس له أصل ثابت وهذا ظاهر فليتأمل والله أعلم. ص: **(وأقتت بالجداد)** ش: يعني أن الشأن في المساقاة أن تؤقت بالجذاذ، ولم يبين رحمه الله هل التوقيت بذلك شرط في صحة المساقاة أو ليس بشرط، والذي يقتضيه كلامه في المدونة أن ذلك ليس بشرط قال فيها: والشأن في المساقاة إلى الجداد ولا يجوز شهراً ولا سنة محدودة وهي إلى الجداد إذا لم يؤجلا انتهى. وقال ابن عبد السلام في قول ابن الحاجب: ويشترط تأقيتها وأقله إلى الجذاذ وإن أطلق حمل عليه اشتراط الأجل مع الحكم بصحة عقد المساقاة المطلقة بعد. فإن قلت: مراده أن وجود الجهالة في العقد يفسده وهو أمر زائد على إطلاق العقد. قلت: فعلى هذا تكون الجهالة مانعة من الصحة لأن التأقيت شرط في الصحة انتهى. وقال أبو الحسن: قوله: «ولا تجوز شهراً ولا سنة محدودة» ظاهره كان الأجل ينقضي قبل الجداد أو بعده فهذا لا يجوز لأنه إن كان لا ينقضي إلا بعد الجذاذ فهي زائدة اشترطها العامل على رب الحائط لأن رب الحائط يعمل في نصيبه فلهذا قال: لا تجوز شهراً ولا سنة محدودة انتهى. وقال ابن رشد في سماع أشهب مسألة: وسألته عن الذي ساقى ثلاث سنين، أليس ذلك من جذاذ إلى جذاذ؟ قال: بلى. قال ابن رشد: هذا مما لا اختلاف فيه أعلمه لأن السنين في المساقاة إنما هي بالأجدة لا بالأهلة بخلاف القبالات التي إنما هي بالأهلة لا بالأجدة، فإن ساقاه السنين واشترط أحدهما على صاحبه الخروج قبل الجذاذ أو بعده رد في ذلك إلى مساقاة مثله انتهى. وقال اللخمي: المساقاة إلى السنتين والثلاث على وجهين: إن أريد انقضاء السقي بانقضاء الثمرة التي تكون في تلك السنين جاز، وإن كان القصد التمادي بالعمل إلى انقضاء شهور تلك السنة وإن جدت الثمرة لم تجز وكان العامل في السنين الأولى على مساقاة مثله، وفي العام الأخير من حين تجد الثمرة إلى آخر ذلك العام على إجارة مثله انتهى. قلت: فتحصل من هذا أن المطلوب في المساقاة أن تؤقت بالجذاذ، سواء عقداها لعام واحد أو لسنين متعددة، فإن عقداها وأطلقا حملت على الجذاذ وعلى أنها لعام واحد، وإن

أو كالأول وعليه الأكثر تأويلان) تقدم نص ابن رشد أن الورد والياسمين لا يعتبر فيهما العجز باتفاق، وأنه لا فرق بين القطن والزرع خلافاً لمن تأول المدونة على أن القطن كالورد. وقول ابن

تَأْوِيلاَنِ. وَأُقِّتَتْ بِالْجَذَاذِ، وَحُمِلَتْ عَلَى الأَوَّلِ، إِنْ لَمْ يُشْتَرَطْ ثَانٍ، وَكَبَيَاضِ نَخْلٍ، أَوْ زَرْعٍ؛ إِنْ وَافَقَ الْجُزْءَ وَبَذْرُهُ الْعَامِلُ، وَكَانَ ثُلُثاً بِإِسْقَاطِ كُلْفَةِ الثَّمَرَةِ: وَإِلاَّ فَسَدَ:

عقداها لسنة أو لسنتين وأطلقا حملت أيضاً على الأجدة، وإن أراد التحديد بالسنة العربية أو السنين العربية لم يجز وتفسد المساقاة بذلك وسيأتي شيء من هذا عند قول المصنف: «وسنين». **ص: (وحملت على أول لم يشترط ثان) ش:** فإن اشترط الثاني جاز. قال في المدونة: وإن كانت تطعم في العام مرتين فهي إلى الجداد الأول حتى يشترط الثاني. ثم قال في آخر الكتاب: ولا بأس بمساقاة نخل يطعم في السنة مرتين كما تجوز مساقاة عامين، وليس ذلك مثل ما ذكره هنا من مساقاة القضب لأن القضب يحل بيعه وبيع ما يأتي بعده والشجر لا يباع ثمارها قبل أن تزهي انتهى. يعني أن النخل والشجر وإن كان يطعم في السنة مرتين فليس هو كالقضب الذي يخلف لما ذكره، والقضب بالضاد المعجمة والله أعلم. **ص: (وكبياض نخل أو زرع) ش:** قال في التوضيح: البياض عبارة عن الأرض الخالية عن الشجر، وسواء كان البياض بين أضعاف السواد أو منفرداً عن الشجر. قاله ابن المواز انتهى. ولو قال المصنف: «وكبياض شجر» لكان أشمل ومراده أنه يجوز إدخال البياض الكائن مع الشجر أو مع الزرع في مساقاة الشجر وفي مساقاة الزرع بالشروط المذكورة والله أعلم. **ص: (وبذره العامل) ش:** فإن دخلا على أن البذر من عند رب الحائط أو منهما جميعاً لم يجز. قاله في المدونة. وبقي شرط رابع وهو أن يكون حرثه والعمل فيه على العامل. قال في المدونة: ولا يجوز أن يشترط فيه نصف البذر على رب الحائط أو حرث البياض فقط وإن جعلا الزرع بينهما، وإن كان على

يونس اختلف في الورد وقصب الحلو. انظره قبل قوله: «إلا تبعاً» **(وأقتت بالجداد وحملت على أول إن لم يشترط ثان)** من المدونة قال مالك: الشأن في المساقاة إلى الجداد لا تجوز شهراً ولا سنة محدودة وهي إلى الجداد إذا لم يؤجلاه. قال ابن القاسم: وإن كانت تطعم في العام مرتين فهي إلى الجداد الأول حتى يشترط الثاني **(وكبياض نخل أو زرع إن وافق الجزء وبذره العامل وكان ثلثاً)** من المدونة قال مالك في البياض التبع مثل الثلث فأدنى لا بأس أن يشترط في المساقاة على مثل ما أخذ الأصول. قال مالك: وأحب إليَّ أن يلغى إلى العامل وهو أحله فإن شرط أنه بينهما فجائز إن كان البذر والمؤنة من عند العامل، ولا يجوز أن يشترطه رب الحائط لنفسه إن كان العامل يسقيه. قال ابن حبيب: فإن كان بعلاً أو كان لا يسقى بماء الحائط فجائز. ابن عرفة: وفيها بياض الزرع كبياض النخل وعزاه اللخمي للموازية **(بإسقاط كلف الثمرة)** ابن عبدوس: صفة اعتبار التبعية أن ينظر إلى كراء الأرض كأنه خمسة وإلى غلة النخل على المعتاد منها بعد إسقاط قدر الإنفاق عليها، فإن بقي عشرة كان كراء الأرض الثلث فجائز لأنه تبع، ولو بقي من قيمة الثمرة ثمانية لم يجز لأن الخمسة أكثر من ثلث الجملة **(وإلا فسد)**. الباجي: إن كان البياض أكثر من

كَاشْتِرَاطِهِ رَبُّهُ، وَأُلْغِيَ لِلْعَامِلِ، إِنْ سَكَتَا عَنْهُ، أَوِ آشْتَرَطَهُ، وَدَخَلَ شَجَرٌ تَبِعَ زَرْعاً، وَجَازَ زَرْعٌ وَشَجَرٌ وَإِنْ غَيْرَ تَبَعٍ، وَحَوَائِطَ، وَإِنْ آخْتَلَفَتْ بِجُزْءٍ،

أن يزرعه العامل من عنده ويعمله وما أنبت بينهما فجائز. انتهى. **ص: (كاشتراط يرد به)** ش: هذا إذا كان العامل يسقيه أو يبذره أو يعمل فيه. قال في المدونة: وكذلك إن كان يناله سقي العامل. قاله في الموطأ. قال ابن حبيب: وإن كان بعلاً وإن كان لا يسقى بماء الحائط فجائز. قال في التوضيح: وهذا ينبغي أن يكون تقييداً لما في الموطأ انتهى. قلت: وسياق كلام أبي الحسن يقضتي أنه تقييد ولا فرق في ذلك بين كون البياض كثيراً أو يسيراً والله أعلم. **ص: (وألغي للعامل إن سكتا عنه) ش:** يعني أن المتعاقدين إذا سكتا عن البياض حين عقد المساقاة فلم يشترطه ولا اشترطه رب المال فإنه يكون للعامل، يريد إذا كان يسيراً لأن الكلام فيه. **ص: (أو اشترطه) ش:** يعني أن العامل إذا اشترط البياض لنفسه فإن ذلك جائز، يريد إذا كان يسيراً كما تقدم. وهذا لا خلاف فيه ونص في المدونة وغيرها على أن إلغاء البياض للعامل هو المطلوب. ولفظ المدونة قال مالك: وأحب إلي أن يلغى البياض فيكون للعامل وهذا أصله. قال عبد الحق: فإن اعترض معترض وقال: أليس قد ساقى عليه الصلاة والسلام أهل خيبر على شطر ما أخرجت من تمر أو حب، فلم استحب مالك إلغاء البياض ولم يستحب ما في الحديث من كونه بينهما؟ فالجواب أنه جاء في حديث آخر أنه ترك لهم بياض النخل فاستحب مالك هذا إذا كان في كون البياض بينهما كراء الأرض بما يخرج منها والله أعلم.

الثلث لم يجز أن يساقي مع النخل قولاً واحداً **(كاشتراط ربه)** تقدم نص المدونة: لا يجوز أن يشترطه رب الحائط لنفسه إن كان العامل يسقيه **(وألغي للعامل إن سكتا عنه أو اشترطه)**. ابن المواز: إن سكتا عن البياض في العقد فما زرع فيه العامل فهو له خاصة، وكذلك لو سكتا عنه ثم تشاحا فيه عند الزراعة فهو للعامل. وقاله ابن حبيب: ابن عبدوس: وإذا ألغي للعامل فإنما يراعى فيه أن يكون تبعاً لحصة العامل خاصة. ولم ينقل ابن يونس خلاف هذا. وقال الباجي: ظاهر قول أصحاب مالك أنه يراعى في البياض أن يكون تبعاً لثمرة جميع الحائط فيما يلغى للعامل وفيما يشترط أن يدخل في مساقاة النخل **(ودخل شجر تبع زرعاً)** من الموازية والمدونة: إذا ساقى زرعاً فيه شجر مفترقة هي تبع له جاز أن يشترط على ما شرط في الزرع، ولا ينبغي أن يشترطها العامل لنفسه وإن قلت بخلاف البياض. ولا يجوز على أن ثمرها لأحدهما دون الآخر، وإنما يكون على أن ثمرها بينهما على ما شرطا في الزرع. قال ابن المواز: إذا ساقاه زرعاً وفيه شجر تبع له وكان الزرع تبعاً للشجر، فروى ابن القاسم أنه بخلاف البياض وكراء الأرض. وقال: لا يجوز أن يلغى للعامل ولا يجوز إلا على سقاء واحد كحائط فيه أصناف **(وجاز زرع وشجر وإن غير تبع وحوائط وإن اختلفت بجزء)** أما مسألة الزرع والشجر ففي المدونة: من ساقى رجلاً زرعاً على الثلثين ونخلاً على النصف لم يجز حتى يكونا على جزء واحد جميعاً ويعجز عن الزرع ربه، وإن

إِلاَّ فِي صَفَقَاتٍ وَغَائِبٍ إِنْ وُصِفَ، وَوَصَلَهُ قَبْلَ طِيبِهِ،

فرع: فلو اشترط العامل البياض اليسير وزرعه ثم أجيحت الثمرة قال مالك في سماع سحنون: عليه كراء البياض. قال ابن رشد: ومعنى ذلك أن العامل لما أجيحت الثمرة أبى أن يتمادى على عمل الحائط إلى آخر ما يلزمه من سقائه، ولو تمادى على ذلك لم يكن عليه في البياض كراء. قال: ويبين ذلك قول مالك في كتاب ابن سحنون: وكذلك لو عجز العامل عن الأصل كان عليه البياض بكراء مثله، فشبه المسألة الأولى بعجز العامل عن العمل، انتهى بالمعنى والله أعلم. ص: **(وغائب إن وصف ووصله قبل طيبه) ش:** يعني أنه تجوز المساقاة على الحائط ولو كان غائباً، وظاهره سواء كان قريب الغيبة أو بعيدها وهو كذلك إذا حصل الشرطان المذكوران: الأول: أن يوصف للعامل، والمراد بالوصف أن يذكر جميع ما يحتاج إليه من العمل فيذكر ما فيه من الرقيق والدواب أو لا شيء فيه، وهل هو بعل أو سقي بالعين أو بالغرب، وتوصف أرضه وما هي عليه من الصلابة أو غيرها، ويذكر ما فيه من أجناس الأشجار وعددها والقدر المعتاد مما يوجد فيها. أشار إلى ذلك اللخمي ونقله أبو الحسن.

تنبيه: وانظر هل يكتفي بوصف رب الحائط أو لا بد أن يصفه غيره، والظاهر أنه يكتفي بوصف كما في البيع ولم أقف عليه منصوصاً، والظاهر أيضاً أن رؤية العامل للحائط قبل عقد المساقاة بمدة لا يتغير بعدها تقوم مقام الوصف، وانظر هل يجوز أن تعقد المساقاة معه من غير وصف على أنه بالخيار إذا رآه كما في البيع؟ والظاهر الجواز أيضاً كما في البيع. وقد يؤخذ ذلك من قوله في المدونة: ولا بأس بمساقاة الحائط الغائب ببلد بعيد إذا وصف كالبيع انتهى. الشرط الثاني: أن يعقد المساقاة في زمن يمكن وصول العامل فيه قبل طيب الحائط. وهذا معنى قول المصنف: «ووصله قبل طيبه». وأما إن كان لا يصل إليه إلا بعد طيبه فلا تجوز قاله الشيخ أبو محمد. قال عبد الحق: هذا على أصل ابن القاسم. وقال بعض شيوخنا: ويجوز ذلك على قول سحنون وإن كان لا يصل إلا بعد الطيب.

فرع: فإن عقد المساقاة في زمن يمكن وصوله قبل الطيب فتوانى في طريقه فلم يصل إلا بعد الطيب لم تفسد المساقاة بذلك. ذكره أبو الحسن عن بعض القرويين ونقله في الشامل.

كانا في ناحيتين، وأما مسألة الحوائط ففي المدونة: لا يجوز أن تدفع إلى رجل حائطين مساقاة أحدهما على النصف والآخر على الثلث في صفقة، ولا بأس أن يكونا على جزء واحد وإن كان أحدهما أفضل من الآخر مما لو أفرد لسوقي هذا على الثلث، وهذا على الثلثين، وقد كان في خيبر الجيد والرديء حين ساقاهما النبي ﷺ على الشطر كلها **(إلا في صفقات)**. ابن الحاجب: وتجوز حوائط مختلفة في صفقة أو متفقة بشرط جزء واحد وأما في صفقات فلا شرط. **(وغائب إن وصف ووصله قبل طيبه)** من المدونة قال ابن القاسم: لا بأس بمساقاة حائط ببلد بعيد إذا وصف

وَٱشْتِرَاطِ جُزْءِ ٱلزَّكَاةِ

فرع: ونفقة الحمل في خروجه عليه وليس كالقراض. قاله في المدونة ص: **(واشتراط جزء الزكاة)** ش: يعني أنه يجوز أن يشترط أن الزكاة تخرج من حصة أحدهما. قال في المدونة: ولا بأس أن يشترط الزكاة في حظ أحدهما لأنه يرجع إلى جزء معلوم ساقاه عليه، فإن لم يشترطا شيئاً فشأن الزكاة أن يبدأ بها ثم يقتسمان ما بقي انتهى. واعلم أن الحائط في المساقا ة إنما يزكى على ملك ربه فتجب الزكاة فيه إذا كان ربه حراً مسلماً وكان في الحائط خمسة أوسق، وكذا إن كان أقل إذا كان لربه حائط آخر إذا ضم ثمره إلى ما خرج من هذا الحائط بلغ خمسة أوسق، وسواء كان العامل حراً مسلماً أم لا، وسواء حصل له نصاب أو دون النصاب، فتخرج الزكاة من جملة الحائط ثم يقسم ربه والعامل ما بقي على ما اتفقا عليه من الأجزاء، وإن كان رب الحائط ممن لا تجب عليه الزكاة بأن كان عبداً أو كافراً فلا تجب الزكاة في حصته ولا في حصة العامل، ولو كان حراً مسلماً وحصل له نصاب ولو حصل للعامل من حائط له غير الحائط المساقى عليه بعض النصاب لم يضم إلى ما حصل له في الحائط، سواء وجبت فيه الزكاة أم لم تجب. قاله ابن رشد في سماع أشهب من كتاب المساقاة. وفي نوازل أصبغ من كتاب القراض وقال: إنه لا خلاف في ذلك. قال ابن عرفة: وزكاة المساقاة. قال في البيان: الواجب إخراجها من جملة الثمرة إن بلغت نصاباً أو كان لرب الحائط ما إن ضمه إليها بلغت ثم يقتسمان ما بقي. اللخمي: قول مالك: إنها مزكاة على ملك رب الحائط يجب ضمها لما له من ثمر غيرها ويزكى جميعها ولو كان العامل ممن لا تجب عليه، وتسقط إن كان رب لحائط ممن لا تجب عليه والعامل ممن تجب عليه انتهى.

فرع: قال في التوضيح: ولو شرط رب المال الزكاة على العامل ونقص الحائط عن النصاب فقيل: يقتسمان الثمرة نصفين. وقال سحنون: لرب الحائط ستة أعشارها وللعامل أربعة أعشارها. وقال ابن عبد السلام: يقتسمان الثمرة أتساعاً لرب الحائط خمسة. وقيل: يقتسمانها من عشرين لرب الحائط أحد عشر جزءاً وللعامل تسعة أجزاء. وقال في الشامل: ولو شرطت على العامل فلم تجب فله نصف الغلة كان سكتاً عنها، وقيل: أربعة أعشارها، وقيل: تسعة

كالبيع، يريد إذا كان يصل إليه قبل طيبه **(واشتراط جزء الزكاة)**. ابن رشد: إن بلغت ثمرة الحائط المساقي نصاباً أو كان لرب الحائط ما إن ضمه إليها بلغته فإن الزكاة من جملة ثمرة الحائط ثم يقتسمان ما بقي. ومن المدونة: لا بأس أن تشترط الزكاة في حظ أحدهما لأنه يرجع إلى جزء معلوم ساقى عليه، فإن لم يشترط شيئاً فشأن الزكاة أن يبدأ بها ثم يقتسمان ما بقي. اللخمي: وقول مالك أن المساقاة مزكاة على ملك رب الحائط فيجب ضمها لما له من ثمر غيرها ويزكى جميعها ولو كان العامل ممن لا تجب عليه، وتسقط إن كان الحائط ممن لا تجب عليه والعامل ممن تجب عليه. وانظر إن شرط أحدهما الزكاة ولم يكن في الحائط نصاب. ذكر ابن يونس في ذلك

عَلَى أَحَدِهِمَا وَسِنِين مَا لَمْ تَكْثُرْ جِداً بِلاَ حَدٍّ، وَعَامِلِ دَابَّةً أَوْ غُلاَماً فِي الْكَبِيرِ،

أجزاء من عشرين وزكى على ملك ربه انتهى. وهذا حيث دخلا على أن للعامل نصف الثمرة وإلا فله بحسب ما دخلا عليه. ص: (**وسنين ما لم تكثر جداً بلا حد**) ش: يعني أنه يجوز أن تعقد المساقاة على سنين متعددة ما لم تكثر جداً ولم يحد مالك في الكثرة حداً ويشير إلى قوله في المدونة: ويجوز أن يساقيه سنين ما لم تكثر جداً. قيل: فعشرة؟ قال: لا أدري تحديد عشرة ولا ثلاثين ولا خمسين انتهى. قال في التوضيح: وهذا يحتمل معنيين: أحدهما أنه لم يثبت عنده شيء من السنة، والثاني أنه رأى أن ذلك يختلف باختلاف الحوائط إذا الجديد ليس كالقديم، فلو حدد لفهم الاقتصار على ذلك الحد، ثم ذكر عن صاحب المعين أنه قال: يستحب أن تكون المساقاة من سنة إلى أربع قال: فإن طالت السنون جداً فسخت انتهى. قلت: وما ذكره عن صاحب المعين ذكره في المتيطية.

تنبيه: قال ابن الحاجب: وتجوز إلى سنين والأخيرة بالجداد. قال في التوضيح: قال في البيان: لا خلاف في ذلك وسواء تقدم الجداد أو تأخر عنها. انتهى. قلت: ونقله في المتيطي بلفظ: «فإن انقضت المدة قبل الجداد فعلى العامل التمادي إلى الجداد» انتهى. ثم قال في التوضيح: ولما نقل أبو الحسن أنها تؤرخ بالسنة العجمية قال: هذا في السنين الكثيرة لأن السنين بالعربي تنتقل. انتهى قلت: فإن قصد التحديد بالعربي سواء تقدم على الجداد أو تأخر، فإن المساقاة تفسد بذلك كما تقدم عند قوله: «وأقتت بالجداد» والله أعلم. ص: (**أو عمل دابة أو غلاماً في الكبير**) ش: هذا معطوف على قوله: «سنين» لكن الأول من باب إضافة المصدر للمفعول، وهذا من إضافته للفاعل. وانظر هل يجوز ذلك في العربية؟ وقوله: «في الكبير» بالباء الموحدة والمعنى أنه يجوز أن يشترط العامل على رب المال أن يعينه بالدابة أو غلام إذا كان الحائط كبيراً وأما إن كان صغيراً فلا يجوز ذلك.

تنبيه: قوله: «دابة أو غلاماً» بـ«أو» ومثل لفظ المدونة. وقال أبو الحسن: ظاهره أحدهما على البدل لا مجموعهما والمقصود إنما هو اليسارة كما قال فيما يأتي. وإنما يجوز اشتراط ما قل فيما كبر انتهى.قلت: فظاهره أنه إذا كان الحائط كبيراً فتأمله.

فرع: قال أبو الحسن: قال ابن يونس: إذا اشترط الغلام أو الدابة فحلف ما مات من ذلك على رب المال إذ عليهم عمل العامل فهو بمنزلة ما لو كانوا فيه. وقال اللخمي: إن شرط من ذلك غير معين كان على ربه خلفه، وإن كان معيناً فقال هذا العبد أو هذه الدابة لم يجز

ثلاثة أقوال لم يعزها ولم يشهر منها قولاً. (**وسنين ما لم تكثر جداً بلا حد**) من المدونة قال مالك: يجوز أن يساقيه سنين ما لم تكثر جداً. قيل: فعشر سنين؟ فقال: لا أدري تحديد عشر سنين ولا ثلاثين ولا خمسين (**وعامل دابة أو غلاماً في الكبير**) تقدم نص المدونة: ما لم يكن في الحائط يوم

وَقَسْمُ الزَّيْتُونِ حَبًّا كَعَصْرِهِ عَلَى أَحَدِهِمَا، وَإِصْلاَحِ جِدارٍ، وَكَنْسِ عَيْنٍ، وَسَدِّ حَظِيرَةٍ، وَإِصْلاَحِ ضَفِيرَةٍ أَوْ مَا قَلَّ،

إلا أن يشترط الخلف انتهى. وقال في التوضيح: إذا شرط غلاماً أو دابة فقال سحنون: لا يجوز ذلك إلا بشرط الخلف وقيل: يجوز وإن لم يشترط الخلف والحكم يوجبه. قال في البيان: وهو ظاهر ما في الواضحة. وما في البيان محتمل للوجهين، والذي أقول به وهو تفسير لجميع الروايات أنه إن عين الغلام أو الدابة بإشارة أو تسمية فلا تجوز المساقاة، إلا بشرط الخلف، وإن لم يكن معيناً فالحكم يوجبه وإن لم يشترط. انتهى. ص: **(وقسم الزيتون حباً كعصره على أحدهما)** ش: ظاهر كلامه أنه يجوز اشتراط قسم الزيتون حباً، ويجوز اشتراط عصره على أحدهما، فإن لم يشترط واحداً من الأمرين لزمهما أن يعصراه ولا يقتسماه إلا بعد عصره وهو ظاهر لفظ المدونة لكنه خلاف ما ذكره أبو الحسن الصغير عن سحنون أن منتهى المساقاة في الزيتون جنيه. قال في المدونة: قال مالك في الزيتون: إن شرط قسمه حباً جاز، وإن شرط عصره على العامل جاز ذلك. قال أبو الحسن: زاد ابن يونس في نقله ليسارته. قال أبو إسحاق: إن شرطا عصره على رب الحائط جاز. قال ابن يونس: وإن لم يكن فيه شرط فعصره بينهما. وحكاه اللخمي عن ابن المواز وسحنون. قال سحنون: منتهى المساقاة جناة انتهى. ومقتضى كلام ابن رشد في سماع عيسى من كتاب المساقاة أن كلام سحنون هو المذهب، ويمكن أن يحمل كلام المصنف على أن المراد أن قسم الزيتون حباً إن شرطه أحدهما عمل به ولو كان العرف أن عصره على أحدهما عمل به،وإن لم يشترطا ذلك وكان عرف عمل به فإن لم يكن عرف ولا شرط فعصره عليهما، وإن أحب قسمه حباً جاز فتأمله. ص: **(أو ما قل)** ش: لو

العقد، ولا ينبغي أن يشترط إلا ما قل كغلام أو دابة في الحائط الكبير. **(وقسم الزيتون حباً كعصره على أحدهما)** من المدونة قال ابن القاسم: والجذاذ والحصاد والدراس على العامل. وقال في الزيتون: وإن شرطا قسمه حباً جاز، وإن شرطا عصره على العامل جاز ذلك ليسارته. ابن المواز: وإن لم يكن فيه شرط فعصره بينهما. انتهى نقل ابن يونس. اللخمي: عصر الزيتون على من شرطاه عليه منهما قاله في المدونة. انظر الخلاف فيه. ابن فتوح: لا ينعقد على أن يحمل الغلة إلى دار المساقي. البرزلي: لعل هذا على مذهب سحنون، وأما ابن القاسم فيجوز ذلك على أصله. قاله في سماع عيسى فيمن أعطى لرجل أرضه حين القليب، فإن كان أوان الزرع فالبذر عليهما والزرع بينهما والعمل على الداخل والحصاد والدراس ونقل نصيب رب الأرض جاز **(وإصلاح جدار)**. ابن عرفة: سد الحظار هو تحصين الجدار وقد تقدم نص المدونة **(وكنس عين)** تقدم نص المدونة: وجم الغين **(وسد حظيرة)** تقدم أن سد الحظار هو تحصين الجدر وتزريبها **(وإصلاح ضفيرة)** تقدم نص المدونة: واليسير من إصلاح الضفيرة **(أو ما قل)** تقدم نص المدونة: يشترط على العامل ما تقل مؤنته. وقال عبد الوهاب: ما لا يتعلق بالثمرة لا يلزم العامل ولا يجوز اشتراطه. وما يتعلق بالثمرة إن كان

وَتَقَايُلُهُمَا هَدَراً،

قدمه على قوله: «وإصلاح جدار» وأدخل عليه الكاف فقال: «كإصلاح جدار» لكان أحسن لأن فيه تنبيهاً على أن العلة في جوازه اشتراطهما على العامل هو يسارتها كما قال في المدونة. وإنما يجوز لرب الحائط أن يشترط على العامل ما تقل مؤنته قبل سرو الشرب وهو تنقية ما حول النخل من مناقع الماء وجم العين وهو كنسها وقطع الجريد وإبار النخل وهو تذكيره وسد الحظار واليسير من إصلاح الضفير ونحوه مما تقل مؤنته، فيجوز اشتراطه على العامل وإلا لم يجز وسرو الشرب بفتح السين المهملة وسكون الراء من السرو وبفتح الشين المعجمة والراء من الشرب. ص: (**وتقايلهما هدراً**) ش: يعني أن العامل إذا عقد المساقاة على حائط ثم أراد المقايلة من رب الحائط أو ممن صار إليه ببيع أو إرث فإن ذلك جائز إذا تقايلا هدراً من غير أن يدفع أحدهما للآخر شيئاً، قال في المدونة: ومن ساقى رجلاً ثلاث سنين فليس لأحدهما المتاركة حتى تنقضي لأن المساقاة تلزم بالعقد وإن لم يعمل، وليس لأحدهما الترك إلا أن يتتاركا بغير شيء يأخذه أحدهما من الآخر فيجوز، لأن هذا ليس ببيع ثمر لم يبد صلاحه إذ للعامل أن يساقي غيره فرب الحائط كأجنبي إذا تركه انتهى. وقال بعده في المدونة: ومن ساقيته حائطك لم يجز أن يقيلك على شيء تعطيه إياه كان قد شرع في العمل أم لا، لأنه غرر إن أثمر النخل فهو بيع الثمرة قبل زهوه، وإن لم يثمر فهو أكل المال بالباطل انتهى.

فرع: فإن خرج من المساقاة قبل العمل أو بعده فلرب الحائط أو للمبتاع على شيء يعطاه لم يجز باتفاق، فإن وقع ولم يعثر على ذلك حتى فات بالعمل رد فيما عمل إلى إجارة مثله. وإن خرج على جزء مسمى فإن كان قبل العمل فلا خلاف في جواز ذلك، وإن كان بعد العمل فأجاز ذلك ابن القاسم في رسم الأقضية من سماع أصبغ، ومنعه في رسم البيوع من سماع أشهب خوف أن تكون المساقاة التي أظهر أولاً وآخراً ذريعة لاستئجار العامل في المدة التي عمل فيها بالجزء الذي جعل له من الثمرة، فإن وقع ذلك رد إلى إجارة مثل. قال ابن رشد: فإن فعلا ذلك لأمر بدا لهما دون دلسة فلا حرج عليهما لأنها بانفرادها مساقاة صحيحة. انتهى مختصراً من رسم البيوع. وظاهر كلام ابن رشد أن هذا هو المذهب وحكاه في التوضيح وقبله وذكره في الشامل بـ«قيل» وليس بظاهر.

ينقطع بانقطاعها أو يبقى بعدها الشيء اليسير فهو جائز مثل التذكير والتلقيح والسقي وإصلاح مواضعه وجلب الماء والجداد وما يتصل بذلك، فهذا وشبهه لازم وعليه أخذ العوض، وإن كان يبقى بعد انقطاعها وينتفع به ربها مثل حفر بئر لها أو بناء بيت يجني فيه كالجرين أو إنشاء غرس، فهذا لا يلزم العامل ولا يجوز اشتراطه عليه لأنها زيادة ينفرد بها رب الحائط فهي كالوجه الأول الذي لا يتعلق بالثمرة (**وتقايلهما هدراً**) من المدونة قال مالك: ومن ساقيته حائطك لم يجز أن يقيلك على شيء تعطيه إياه، كان قد شرع في العمل أم لا، لأنه غرر إن أثمر النخل فإنه بيع الثمر قبل

وَمُسَاقَاةُ الْعَامِلَ آخَرَ وَلَوْ أَقَلَّ أَمَانَةً، وَحُمِلَ عَلَى ضِدِّهَا، وَضَمِنَ. فَإِنْ عَجَزَ وَلَمْ يَجِدْ: أَسْلَمَهُ هَدَراً، وَلَمْ تَنْفَسِخْ بِفَلَسِ رَبِّهِ، وَبِيعَ: مُسَاقًى، وَمُسَاقَاةُ وَصِيٍّ، وَمَدِينٍ بِلاَ حَجْرٍ،

تنبيه: قال أبو الحسن قوله: «إذ للعامل أن يساقي غيره» فاستدل على متاركة رب الحائط بمساقاة الغير فجعلها مساقاة تنعقد بغير لفظ المساقاة وإنما أجازها بغير لفظها لأنها إقالة والإقالة معروف. **ص: (ومساقاة العامل آخر) ش:** أما إذا ساقى على مثل الجزء الذي سوقي عليه فذلك جائز قبل العمل وبعده على مذهب مالك أنها من العقود اللازمة، وعلى القول بأنها من العقود الجائزة فلا تجوز قبل الشروع في العمل إلا برضا ربه. وإن ساقاه على أن للعامل الثاني أقل من الجزء الذي جعله له رب الحائط فكذلك وإن كان على أن للعامل الثاني أكثر فقال ابن رشد في رسم سن من سماع ابن القاسم من كتاب المساقاة: فإن ساقاه على أكثر من الجزء الذي ساقى عليه صاحب الحائط مثل أن يكون ساقاه صاحب الحائط على أن يكون له النصف، وساقى هو الآخر على أن يكون له الثلثان، فإن كان بعد أن عمل كان له الفضل أيضاً على مذهب مالك الذي يرى المساقاة تلزم بالقول، ولم يكن على مذهب من يرى أنها من العقود الجائزة التي لا تلزم بالقول انتهى. **ص: (ولم تنفسخ بفلس ربه وبيع مساقى) ش:** ظاهر قوله: «بيع» سواء كان مساقي سنة أو سنتين، ومنعه سحنون في السنتين. وصرح ابن عبد السلام والمصنف بأن قول سحنون خلاف قول ابن القاسم والله أعلم.

فرع: قال ابن عرفة عن اللخمي: ولو أحب المفلس تأخير بيع الثمرة لطيبها وطلب الغرماء تعجيله فالقول قولهم إن كانت الثمرة غير مأبورة انتهى.

فرع: منه وفي أكرية الدور منها لمن أخذ نخلاً مساقاة فغار ماؤها بعد أن سقى أن ينفق فيها بقدر حظ رب الأرض من الثمرة لسنته تلك الأكثر في مثله، سمع ابن القاسم: ابن رشد:

زهوه، وإن لم يثمر فهو أكل المال بالباطل **(ومساقاة العامل آخر ولو أقل أمانة وحمل على ضدها وضمن)** من المدونة: فمن ساقى في أصل أو زرع مساقاة غيره في مثل أمانته، فإن ساقى غير أمين ضمن. اللخمي: يجوز دفعه لأمين وإن لم يكن مثله في الأمانة. راجع ابن عرفة **(فإن عجز ولم يجد سلمه هدراً)** من المدونة: إن عجز عن السقي قيل له ساق من شئت أميناً، فإن لم يجد سلم الحائط لربه ولا شيء له ولا عليه **(ولم ينفسخ بفلس ربه وبيع مساقى)** من المدونة: إن فلس رب الحائط لم تنفسخ المساقاة كان قد عمل أم لا، ويقول للغرماء بيعوا الحائط على أن هذا فيه مساقى كما هو. قيل لابن القاسم: لم أجزته ولو أن رجلاً باع حائطه يريد قبل الإبار واستثنى ثمرته لم يجز؟ قال: هذا وجه الشأن فيه وليس هذا عندي استثناء ثمرة **(ومساقاة وصي ومديان بلا حجر)** من المدونة: للوصي دفع حائط الأيتام مساقاة لأن مالكاً قال: بيعه وشراؤه لهم جائز، وللمأذون دفع المساقاة أو أخذها وللمديان دفع المساقاة ككرائه أرضه أو داره، ثم ليس لغرمائه فسخ ذلك، ولو

وَدَفْعهُ لِذِمِّيٍّ لَمْ يَعْصِر حِصَّتَهُ خَمراً، لاَ مُشَارَكَةُ رَبِّهِ، أَوْ إِعْطَاءُ أَرْضٍ لِتغرسَ، فَإِذَا بَلَغَتْ، كَانَتْ مَسَاقَاةً، أَوْ شَجَرٍ لَمْ يَبْلُغْ خَمْسَ سِنِينَ، وَهِيَ تَبْلُغُ أَثْنَاءَهَا،

ظاهره أن ما زادت النفقة على حظ رب الأرض لا يلزمه، ومثله في رهونها خلاف سماع سحنون لزوم الراهن إصلاحها ويلزم ذلك في المساقاة، وإن لم يكن لرب الحائط غيره بيع منه بما يصلحها لئلا يذهب عمل العامل. انتهى. ص: **(ودفعه لذمي لم يعصر حصته خمراً)** ش:قال في المدونة: ولا بأس أن تدفع نخلك إلى نصراني مساقاة، إن أمنت أن يعصره خمراً. قال ابن ناجي: قال ابن العربي: كيف يقول هذا مالك وقد ساقى رسول الله ﷺ أهل خيبر ولم يشترط إلا من عصر الخمر إلا أن يقال الممنوع إذا كان يسقونه مسلماً ولا يقال كان ذلك قبل تحريم الخمر لأن فتح خيبر بعد تحريمها. قال ابن ناجي: قال بعض شيوخنا: وظاهر المدونة أنه محمول على عدم الأمن حتى يعلم الأمن انتهى.

فرع: قال في المدونة: وكره مالك أخذك من نصراني مساقاة أو قراضاً ولست أراه حراماً. قال أبو الحسن: لأن فيه بعض الإذلال. وقال ابن ناجي مثله اختصرها ابن يونس وفيه نظر لأنه على اختصارهما يكون مالك نص على المسألتين وليس كذلك، إنما نص على كراهة القراض، وقاس ابن القاسم عليه كراهة المساقاة، وكلام ابن القاسم يدل على أنه حمل كراهة مالك على التحريم ولم يرتضه فيكون كلامه يدل على قولين: التحريم لمالك، والكراهة لابن القاسم. ص: **(لا مشاركة به)** ش: يشير به والله أعلم إلى ما في رسم البيوع من سماع أشهب من كتاب المساقاة ونصه: قال: وسئل عن رب الحائط يقول لرجل: تعال اسق أنا وأنت حائطي هذا ولك نصف الثمرة قال: لا يصلح هذا وإنما المساقاة أن يسلم الحائط إلى الداخل. قال ابن رشد: هذا كما قال وهو مما لا اختلاف فيه أن ذلك لا يصلح، فإن وقع وفات بالعمل كان العامل فيه أجيراً لأن رب الحائط اشترط أن يعمل معه فكأنه لم يسلمه إليه وإنما

ساقى أو أكرى بعد قيامهم فلهم فسخ ذلك **(ودفعه لذمي لم يعصر حصته خمراً)** من المدونة: كره مالك أخذك من نصراني مساقاة أو قراضاً ولست أراه حراماً، ولا بأس أن تدفع نخلك إلى نصراني مساقاة إن أمنت أن يعصر حصته خمراً. **(لا مشاركة ربه)** سمع القرينان: من قال لرجل اسق أنت وأنا حائطي ولك نصف ثمره لم يصلح إنما السقاء أن يسلم الحائط إليه. ابن رشد: إن وقع وفات فالعامل أجير لأن ربه شرط أن يعمل معه فكأنه لم يسلمه إليه إنما أعطاه جزءاً من الثمرة على أن يعمل معه بخلاف إن اشترط العامل أن يعمل معه رب الحائط لنفسه فإن نزل ذلك فله مساقاة مثله **(أو إعطاء أرض لتغرس فإذا بلغت كانت مساقاة أو شجر لم تبلغ خمس سنين وهي تبلغ أثناءها)** من المدونة قال ابن القاسم: من أعطى لرجل أرضاً يغرسها شجر كذا ويقوم عليها حتى إذا بلغت الشجر كانت بيده مساقاة سنين سماها لم يجز لأنه مخاطرة. قال: ولا تجوز مساقاة نخل أو

وَفُسِخَتْ فَاسِدَةً بِلاَ عَمَلٍ، أَوْ فِي أَثْنَائِهِ، أَوْ بَعْدَ سَنَةٍ مِنْ أَكْثَرَ: إِنْ وَجَبَتْ أُجْرَةُ الْمِثْلِ، وَبَعْدَهُ أُجْرَةُ الْمِثْلِ: إِنْ خَرَجَا عَنْهَا، كَإِنِ ازْدَادَ عَيْناً، أَوْ عَرَضاً، وَإِلاَّ فَمُسَاقَاةُ الْمِثْلِ: كَمُسَاقَاتِهِ مَعَ ثَمَرٍ أَطْعَمَ، أَوْ مَعَ بَيْعٍ، أَوِ اشْتَرَطَ عَمَلَ رَبِّهِ،

أعطاه جزءاً من الثمرة على أن يعمل معه بخلاف إذا شرط العامل أن يعمل معه رب الحائط هذا. قال فيه ابن القاسم في المدونة وغيرها: إنه يرد إلى مساقاة مثله. وقال أشهب: إلى إجارة مثله. وقال سحنون: يجوز ولا يرد إلى أجرة مثله كما لو اشترط عليه غلاماً يعمل معه إذا كان الحائط كبيراً يجوز فيه اشتراط الغلام والدابة انتهى. ص: **(وفسخت فاسدة بلا عمل أو في أثنائه أو بعد سنة من أكثر إن وجبت أجرة المثل وبعده أجرة المثل إن خرجا عنها كإن ازداد عيناً أو عرضاً وإلا فمساقاة المثل كمساقاته مع ثمر أطعم أو مع بيع أو اشترط عمل**

شجر لم تبلغ حداً لإطعام خمس سنين وهي تبلغه في عامين **(وفسخت فاسدة بلا عمل)**. ابن رشد: إن وقعت المساقاة على غير الوجه الذي جوزه الشرع فإنها تفسخ ما لم تفت بالعمل ورد الحائط إلى ربه **(أو في أثنائه أو بعد سنة من أكثر إن وجبت أجرة المثل)**. ابن رشد: ما يرد العامل فيه إلى أجرة مثله يفسخ متى عثر عليه قبل العمل وبعده. عياض: وله من الأجر بحساب عمله، وأما ما يرد فيه إلى مساقاة مثله إنما يفسخ متى عثر عليه قبل العمل وبعده ما لم يعمل، فإذا فات بابتداء العمل بما له بال لم تفسخ المساقاة إلى انقضاء أمدها وكان فيما بقي من الأعوام على مساقاة مثلها **(وبعده أجرة المثل إن خرجا عنها)**. عياض: الخلاف الجاري في القراض الفاسد كله جارٍ في المساقاة الفاسدة. ابن رشد: إذا فات بالعمل فاصل: ابن القاسم: إنهما إذا خرجا في المساقاة عن حكمها إلى حكم الإجارة الفاسدة أو إلى بيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها فما اشترطه أحدهما على صاحبه من زيادة يزيده إياها خارجة عنها فإنه يرد فيها إلى إجارة المثل إذا لم يعثر عليها حتى فاتت بالعمل، وذلك مثل أن يساقيه في حائطه على أن يزيد أحدهما صاحبه دنانير أو دراهم أو عرضاً من العروض وما أشبه ذلك، لأنه إذا ساقاه على أن يزيده صاحب الحائط دنانير أو عروضاً فقد استأجره على عمل حائطه بما أعطاه من الدنانير أو الدراهم أو العروض وبجزء من ثمرته، فوجب أن يرد إلى إجارة مثله، ولأنه إذا ساقاه على أن يزيده العامل دنانير أو دراهم أو عروضاً من العروض فقد اشترى منه الثمرة بما أعطاه من الدنانير أو الدراهم أو العروض وبعمله من الحائط، فوجب أن يرد إلى إجارة مثله أيضاً **(وإلا فمساقاة المثل)**. ابن رشد: وأما إذا لم يخرجا عن حكمها فإنه يرد في ذلك إلى مساقاة مثله. والذي يوجد لابن القاسم أنه رده فيه إلى مساقاة مثله في أربع مسائل، اثنان في المدونة واثنان في العتبية. الذي في المدونة: إذا ساقاه على حائط وفيه ثمر قد أطعم، وإذا اشترط المساقي على المساقى أن يعمل معه في الحائط. والذي في العتبية: البيع والمساقاة في السنة والمساقاة سنتين: إحداهما على الثلث والأخرى على النصف كل هذا فيه مساقاة المثل. عياض: وكذلك مسألة خامسة وهي مساقاة حائطه على أن يكفيه مؤنة آخر وكذلك يلزم في

أَوْ دَابَّةٍ، أَوْ غُلَامٍ، وَهُوَ صَغِيرٌ، أَوْ حَمْلَهُ لِمَنْزِلِهِ، أَوْ يَكْفِيهِ مُؤْنَةً أُخْرَى، أَوِ اخْتَلَفَ الْجُزْءُ بِسِنِينَ أَوْ حَوَائِطَ: كَاخْتِلَافِهِمَا، وَلَمْ يُشْبِهَا.

ربه أو دابة أو غلام وهو صغير أو حمله لمنزله أو يكفيه مؤنة آخر واختلف الجزء سنين أو حوائط كاختلافهما ولم يشبها) ش: لما ذكر أركان المساقاة الصحيحة وشروطها علم أن الفاسدة ما اختل منها ركن أو شرط، ثم ذكر أن لها ثلاثة أحوال: الأولى: أن يطلع على فسادها قبل الشروع في العمل، والحكم حينئذ فسخها وإليها أشار بقوله: «**وفسخت فاسدة بلا عمل**». الحالة الثانية: أن يطلع على فسادها في أثناء العمل ولو بعد سنة من سنين كما إذا كانت المساقاة وقعت على سنين كثيرة، والحكم في هذا الوجه أن ينظر إلى عقد المساقاة فإن كانت مما تجب فيه أجرة المثل وجب فسخ المساقاة حين يعثر على ذلك، وإن كان عقد المساقاة مما تجب فيه مساقاة المثل لم تفسخ المساقاة ويستمران إلى تمام العمل، وإلى هذه الحالة الثانية أشار المصنف بقوله: «أو في أثنائه أو بعد سنة من أكثر إن وجبت أجرة المثل». وقول المصنف: «أو بعد سنة» هو داخل في قوله: «أو في أثنائه» ولهذا لو قال: «أو في أثنائه وإن بعد سنة» لكان أوضح، بل لو أخره عن قوله: «إن وجبت أجرة المثل» فإنه قد يقال كان ينبغي إذا اطلع على فسادها عند كمال السنة أن تفسخ مساقاة المثل في باقي السنين، لأن العامل قد تم عمله في تلك السنة وأخذ مساقاة مثله فيها فلم يذهب عمله باطلاً فلم يتركونه يعمل في بقية السنين؟ والله أعلم. والجواب عن ذلك أن يقال: إن الحائط قد تقل ثمرته في عام وتكثر في آخر، فلو لم يتماد على العمل في جميع السنين لكان فيه غبن على أحدهما كما أشار إلى ذلك في المدونة في مسألة من ساقى حائطه وقد أطعم على تلك السنة التي أطعم فيها أو على سنين بعدها. وذكر ابن عبد السلام عن الموازية أنه إنما تفوت كل سنة بظهور الثمرة فيها، فلو قال المصنف: «أو في أثنائه إن وجبت أجرة المثل وإلا تمادى ولو بعد سنة» وكان مشيراً إلى ما

مساقاة حائطين على اختلاف الأجزاء، وكذلك إذا اشترط على العامل دابة أو غلاماً ليس في الحائط وهو صغير تكفيه الدابة، وكذلك إن شرط أحدهما على صاحبه حمل حظه لمنزله كل هذا يرد إلى مساقاة مثله انتهى. وانظر قد تقدم أنه يجوز أن يشترط أحدهما على الآخر عصر نصيبه من الزيتون (**كمساقاة مع ثمر أطعم**) هذه المسألة الأولى في المدونة كما تقدم (**أو مع بيع**) هذه هي إحدى المسألتين اللتين في العتبية (**أو اشترط عمل ربه**) هذه هي المسألة الثانية في المدونة. (**أو دابة أو غلام وهو صغير**) هذه ألحقها عياض كما تقدم (**أو حمله لمنزله**) هذه ألحقها عياض كما تقدم أيضاً (**أو يكفيه مؤنة آخر**) هذه هي المسألة الخامسة التي قال عياض كما تقدم (**أو اختلف الجزء سنين**) هذه إحدى مسألتي العتبية على ما قال ابن رشد (**أو حوائط**) هذه هي التي التزمها عياض كما تقدم (**كاختلافهما ولم يشبها**) تقدم عند قوله: «كاختلافهما في الربح» المدونة: وإلا رد

....

ذكره ابن عبد السلام عن الموازية لكان أبين. فقوله: «إن وجبت أجرة المثل» راجع إلى قوله: «أو في أثنائه الخ». وقول البساطي: «إنه راجع إلى المسألة الأولى أيضاً» أعني قوله: «بلا عمل» خلاف ما يقضتيه كلامهم. قال ابن الحاجب: وللفاسدة ثلاثة أحوال قبل العمل فتفسخ. قال ابن عبد السلام: يعني إذا عثر على المساقاة الفاسدة قبل العمل وجب فسخها على أصل المذهب وإلا لما كانت فاسدة، وإذا فسخوا البياعات المكروهة قبل الفوات فالفاسد أولى بالفسخ انتهى. وكذا أطلق ابن شاس الفسخ قبل الفوات بالعمل، وكذا ابن عرفة ناقلاً عن ابن رشد. ونص المقدمات: إذا وقعت المساقاة على غير الوجه الذي جوّزه الشارع فإنها تفسخ ما لم تفت بالعمل ورد الحائط إلى ربه انتهى. ومفهوم قول المصنف: «إن وجبت أجرة المثل» أنها لو لم تجب أجرة المثل وما تجب فيه مساقاة المثل في الحالة الثالثة وهي ما عثر على فساد المساقاة بعد تمام العمل وكان ينبغي له رحمه الله تأخير الكلام على الحالة الثانية عن الحالة التي بعدها لأنها محتاجة إليها في بيانها كما فعل ابن الحاجب.

تنبيه: إنما قلنا: المساقاة تفسخ إذا عثر عليها في أثناء العمل إن كان الواجب فيها أجرة المثل لأنه يكون للعامل حينئذ بحساب ما عمل، وإذا كان الواجب فيها مساقاة المثل فلا تفسخ لأن الضرورة داعية إلى تمام العمل لأن العوض على هذا التقدير إنما يرجع للعامل من الثمرة، ولأنه لو فسخناها لزم أن لا يكون للعامل شيء لما تقدم أنها كالجعل لا شيء للعامل إلا بتمام العمل. قاله في التوضيح ثم قال: وعلى هذا فلا بد أن يكون شرع في العمل بماله بل أشار إليه عياض انتهى.

فرع: قال ابن عبد السلام في آخر كلامه على هذه المسألة: وقد انتهى هذا أن إجارة المثل تتعلق بذمة رب الحائط، وأن مساقاة المثل لا تتعلق بذمته بل تكون في الحائط، وقد تقدم هذا المعنى في القراض مختلفاً فيه انتهى. الحالة الثالثة: أن يطلع على فساد المساقاة بعد تمام العمل، والحكم فيها على مذهب ابن القاسم أنه يجب في بعض الصور إجارة المثل وفي بعضها مساقاة المثل، وإليه أشار المصنف بقوله: «وبعده أجرة المثل» إلى قوله: «ولم يشبها». والمعنى وإن اطلع على فساد المساقاة بعده أي بعد الفراغ من العمل فمذهب ابن القاسم أنه يجب في بعض الصور إجارة المثل، وفي بعضها مساقاة المثل، فتجب أجرة المثل إن خرجا عنها أي عن المساقاة إلى الإجارة الفاسدة أو إلى بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، ومثل ذلك بقوله: كإن ازداد أحدهما على الجزء الذي اشترط في المساقاة عيناً أو عرضاً، لأنه إذا كانت الزيادة من رب الحائط فقد خرجا عن المساقاة إلى الإجارة الفاسدة فكأنه استأجره على أن يعمل له في حائطه بما أعطاه من الدنانير أو الدراهم أو بالعروض وبجزء من ثمرته وتلك إجارة فاسدة، فوجب أن يرد إلى أجرة المثل ويحاسبه رب الحائط بما كان أعطاه من أجرة المثل ولا شيء له في الثمرة، وإذا كانت الزيادة من العامل فقد خرجا عن المساقاة أيضاً إلى بيع الثمرة

....

قبل بدو صلاحها فكأنه اشترى منه الجزء المسمى في المساقاة بما دفع من الدنانير أو الدراهم أو العروض أو بأجرة عمله، فوجب أن يرد إلى أجرة مثله ويأخذ من رب الحائط ما زاده ولا شيء له من الثمرة وإلا ـ أي وإن لم يكونا خرجا عن المساقاة، وإنما جاءها الفساد من جهة أنهما عقداها على غرر أو نحو ذلك ـ فمساقاة المثل هي الواجبة في ذلك. ثم ذكر المسائل التي تجب فيها مساقاة المثل وعدها تسعاً فقال: «كمساقاته مع ثمر أطعم» يشير إلى قوله في المدونة: ومن طابت ثمرة نخله فساقاه هذه السنة وسنتين بعدها لم يجز وفسخ، وإن وجد العامل الثمرة كان له أجرة مثله وما أنفق فيها، فإن عمل بعد جداد الثمرة لم تفسخ بقية المساقاة وله استكمال الحولين الباقيين، وله فيهما مساقاة مثله، ولا أفسخهما بعد تمام العام الثاني إذ قد تقل ثمرة العام الثاني وتكثر في الثالث فأظلمه، وهذا كأخذ العرض قراضاً إن أدرك بعد بيعه وإن أدى وبعد أن يعمل فسخ وله أجر بيعه انتهى.

ففهم منه أنه إذا اطلع على ذلك في العام الأول فسخت وكان له أجر مثله فيما سقى، وإن لم يطلع عليه حتى شرع في الثاني كان له أجرة المثل في الأولى ومساقاة المثل فيما بعدها كما صرح به اللخمي وصاحب المقدمات، أو مع بيع يعني أنه إذا ساقاه حائطه بجزء وباعه سلعة مع المساقاة ففي ذلك مساقاة المثل. نص عليه ابن رشد في البيان في أول كتاب المساقاة قال: أو مع إجارة أو ما أشبه ذلك انتهى. وانظر الشرح الكبير لبهرام: «أو اشترط عمل ربه» يشير إلى قوله في المدونة: ولا يجوز أن يشترط العامل أن يعمل معه رب الحائط بنفسه فإن نزل فله مساقاة مثله انتهى. وهذا بخلاف المسألة السابقة عند قوله: «أو مشاركة ربه» إذا قال رب الحائط لرجل: تعال اسق أنا وأنت حائطي ولك نصف ثمره، فإن في ذكل أجرة المثل كما تقدم، وقوله: «أو حمله لمنزله» يشير إلى ما قال في رسم البيوع من سماع أصبغ في أثناء المسألة الثانية منه. قلت: أرأيت إن اشترط عليه حمل نصيبه إلى منزله إلى المدينة أو اشترط ذلك المساقي على العامل؟ قال: لا خير فيه هذه زيادة تزدادها. قلت: أرأيت إن كان ذلك قريباً؟ قال: ما يعجبني إلا أن يكون شيء ليس عليه فيه مؤنة. قلت: أرأيت إن كان قريب الميل وما أشبهه؟ قال: ما يعجبني. وقاله أصبغ. قال: وإن وقعت فيه المساقاة في المكان البعيد وفاتت رد إلى مساقاة مثله بلا حملان عليه، وسقط الجزء الذي بينهما في الشرط. ابن رشد: أما اشتراطه على العامل حمل نصيبه إلى منزله فكرهه ابن القاسم إلا أن يكون شيئاً ليس فيه مؤنة، وكراهيته بينة لأنها زيادة زادها رب الحائط على العامل إلا أنه لم يبين وجه الحكم في ذلك إذا وقع، والذي يأتي على الأصل الذي ذكرناه في أول سماع ابن القاسم أن يرد إذا فات إلى إجارة مثله إلا في المكان القريب فيشبه أن يرد فيه إلى مساقاة مثله استحساناً. وأما قول أصبغ إنه يرد إلى مساقاة مثله في المكان البعيد فهو بعيد لا يتخرج إلا على قول من يرد العامل في المساقاة الفاسدة كلها إلى مساقاة مثله جملة من غير تفصيل انتهى. وقال ابن رشد أيضاً في

....

المقدمات إثر كلامه السابق: واختلف إذا فاتت بالعمل ماذا يجب للعامل فيها بحق عمله على أربعة أقوال: أحدها: أن يرد إلى مساقاة مثله جملة من غير تفصيل. والثاني: أنه يرد إلى أجرة مثله من غير تفصيل. والثالث: أنه يرد في بعض الوجوه إلى إجارة مثله وفي بعضها إلى مساقاة المثل، وهو قول ابن القاسم وذلك استحسان وليس بقياس، والأصل عنده أن المساقاة إذا خرجا فيها عن حكمها إلى حكم الإجارة الفاسدة أو إلى بيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها بما اشترطه أحدهما على صاحبه من زيادة يزيدها إياه خارجة عنها، فإنه يرد إلى إجارة المثل، وذلك مثل أن يساقيه في حائط على أن يزيد أحدهما صاحبه دنانير أو دراهم أو عرضاً من العروض وما أشبه ذلك لأنه إذا ساقاه على أن يزيده صاحب الحائط دنانير أو دراهم أو عرضاً من العروض فقد استأجر على عمل حائطه بما أعطاه بجزء من ثمرته، فوجب أن يرد إلى إجارة مثله. وإذا زاده العامل فقد اشترى منه الثمرة بما أعطاه وبعمله فيرد إلى إجارة مثله. وأما إذا لم يخرجا عن حكمها وإنما عقداها على غرر مثل أن يساقيه حائطاً على النصف وآخر على الثلث أو ما أشبه ذلك، أو اشترط أحدهما على صاحبه من عمل الحائط ما لا يلزم مما لا يبقى لرب الحائط منفعته مؤبدة، فإنه يرد في ذلك إلى مساقاة مثله، وهذه جملة يأتي عليها مسائل كثيرة. والرابع: أنه يرد إلى مساقاة مثله ما لم يكن أكثر من الجزء الذي شرط عليه إن كان الشرط للمساقي أو أقل انتهى. والقول الثالث في كلام ابن رشد الذي هو قول ابن القاسم هو الذي ذكره المصنف ونقله عياض أيضاً، وأطلقه ولم يقيده بقرب المكان ولا بغيره، ونقله عنه في التوضيح وتبعه هنا. وقوله: «أو على أن يكفيه مؤنة آخر» يشير إلى ما في أول سماع عيسى قيل له: فحائط ساقاه صاحبه رجلاً على أن يكفيه مؤنة حائط له آخر؟ قال: هذا حرام. قيل له: فقد وقع. قال: يعطى في الذي اشترط عليه كفايته أجرة مثله ويرد إلى مساقاة مثله في الآخر. ابن رشد: مثل هذا حكى ابن حبيب في الواضحة أنه يعطي أجرة مثله في الحائط الذي اشترط عليه كفاية مؤنته، ويرد في الآخر إلى مساقاة مثله وهو على الأصل الذي ذكرناه في أول سماع ابن القاسم انتهى. وقال أبو الحسن: فإن نزل فله مساقاة مثله في الذي يعمل فيه وله أجرة مثله في الآخر. قاله في سماع عيسى. وفي الموازية: هو أجير في الحائطين. وقوله: «كاختلافهما ولم يشبها» قال في كتاب القراض من المدونة: وإذا اختلف المتقارضان في أجزاء الربح قبل العمل رد المال إلا أن يرضى بقول ربه، وإن اختلفا بعد العمل فالقول قول العامل كالصانع إذا جاء بما يشبه وإلا رد إلى قراض المثل وكذلك المساقاة انتهى. قال الشيخ أبو الحسن: هذا التشبيه إنما يرجع للوجه الثاني إذا اختلفا بعد الفعل ولا يرجع للوجه الأول، لأن في المساقاة إذا اختلفا يتحالفان ويتفاسخان. وقال قبله في قوله: وإذا اختلف المتقارضان في أجزاء الربح قبل العمل رد المال لأن القراض عقد جائز غير لازم بخلاف المساقاة أنهما يتحالفان وإن لم يعلم لأنها عقد لازم انتهى. وقال في المدونة في كتاب المساقاة: وإن اختلفا

وَإِنْ سَاقَيْتَهُ أَوْ أَكْرَيْتَهُ. فَأَلْفَيْتَهُ سَارِقاً: لَمْ تَنْفَسِخْ، وَلْيَتَحَفَّظْ مِنْهُ: كَبَيْعِهِ، وَلَمْ يَعْلَمْ بِفَلَسِهِ،

في المساقاة فالقول قول العامل فيما يشبه. قال أبو الحسن: يعني في قلة الجزء وكثرته، وقوله: «القول قول العامل» يريد بعد العمل فإن لم يعمل تحالفا وتفاسخا، ثم ذكر لفظها في القراض ثم قال: قوله: «وإلا رد إلى قراض مثله» يعني إذا أتى رب المال بما لا يشبه، وكذلك المساقاة إذا أتيا بما لا يشبه رد إلى مساقاة مثله. انتهى مختصراً. وقال اللخمي: إن اختلفا في الجزء قبل العمل وأتيا بما لا يشبه تحالفا وتفاسخا ويختلف، وإن أتى أحدهما بما يشبه دون الآخر هل القول قوله مع يمينه أو يتحالفان ويتفاسخان؟ قال: وإن اختلفا بعد العمل فالقول للعامل مع يمينه إذا أتى بما يشبه، فإن أتى بما لا يشبه وأتى الآخر بما يشبه حلف ولم يكن للعامل إلا ما حلف عليه صاحبه، فإن نكل عن اليمين أو أتيا بما لا يشبه رد إلى مساقاة المثل. انتهى وعزا الشارح والمصنف في التوضيح هذه المسألة للقرافي.

تنبيهان: الأول: يفهم من كلامهم أنه إذا أتى كل واحد منهما بما يشبه كان القول قول العامل فتأمله والله أعلم.

الثاني: قال ابن عرفة: عبد الحق عن بعض شيوخ صقلية: ما فيه مساقاة المثل فالعامل فيه أحق من الغرماء بالثمرة في الموت والفلس، وكذا ما يرجع فيه لقراض المثل في القراض، يريد وما يرجع فيه لأجرة المثل لا يكون في القراض أحق في موت ولا فلس، وفي المساقاة يكون أحق في الفلس لا في الموت انتهى، وهذه آخر مسألة في كتاب المساقاة منه والله أعلم. ص: **(وإن ساقيته أو أكريته فألفيته سارقاً لم تنفسخ وليتحفظ منه)** ش: قال في كتاب المساقاة من المدونة: ومن ساقيته حائطك أو أكريت منه دارك ثم ألفيته سارقاً لم يفسخ لذلك سقي ولا كراء وليتحفظ منه، وكذلك من باع من رجل سلعة إلى أجل وهو مفلس ولم يعلم البائع بذلك فقد لزمه البيع انتهى. قال الشيخ أبو الحسن: قال اللخمي: في كل هذا نظر، وهذا عيب وليس يقدر أن يتحفظ من السارق ثم قال: قوله: «سارقاً» يخاف أن يذهب بالثمرة أو يقلع الجذوع وفي المكتري يخاف منه أن يبيع أبوابها. انتهى. وفي كتاب الجعل والإجارة من المدونة في آخر ترجمة الأجير يفسخ إجارته في غيرها: ومن استأجر عبداً للخدمة فألفاه سارقاً فهو عيب يرد به. فقيل: الفرق بينهما أن الأجير في الخدمة لا يقدر أن يتحفظ منه. قال الشيخ أبو

إلى قراض مثله وكذا المساقاة. **(وإن ساقيته أو أكريته فألفيته سارقاً لم يفسخ وليتحفظ منه كبيعه منه ولم يعلم بفلسه)** من المدونة: من ساقيته حائطك أو اكتريت منه دارك ثم ألفيته سارقاً لم يفسخ لذلك سقاء ولا كراء وليتحفظ منه، وكذلك قال مالك فمن ابتاع من رجل سلعة إلى أجل فإذا هو مفلس ولم يعلم البائع بذلك أن البيع قد لزمه. ابن يونس: لأن حقك في السقاء والكراء في غير عين المساقي والمكتري فهو بخلاف ما لو اكتريت عبداً فوجدته سارقاً، هذا لك أن ترد، ولأن الكراء وقع على منافع معينة والمكتري والمفلس إنما وقع شراؤك على الذمة، فإن لم تقدر على

وَسَاقِطُ النَّخْلِ: كَلِيفٍ: كَالثَّمَرَةِ، وَالْقَوْلُ لِمُدَّعِي الصِّحَّةِ، وَإِنْ قَصَّرَ عَامِلٌ عَمَّا شُرِطَ: حُطَّ بِنِسْبَتِهِ.

الحسن: وقال عبد الحق وابن يونس: الفرق بينهما أن الكراء في العبد للخدمة ووقع في منافع معينة فهو كمن اشترى دابة فوجد بها عيباً بخلاف المكتري والمفلس والمساقي إنما وقع الكراء على الذمة، فإن لم يقدر على التحفظ منه أكري عليه وسوقي عليه ولم يفسخ العقد انتهى. فقول المصنف: «أو أكريته» أي أكريت منه بيتك أو متاعك، واحترز به مما لو أكرى نفسه للخدمة فإنه عيب يرد به كما تقدم عن المدونة. وقول المصنف: «وليتحفظ منه» يريد إذا أمكن التحفظ فإن لم يكن أكرى عليه الحاكم أو ساقى كما تقدم عن أبي الحسن. ص: **(وساقط النخل كليف كالثمرة)** ش: قال في الشامل: وساقط النخل من ليف وجريد ونحوهما كالثمرة انتهى. وقال في المدونة: وما كان من سواقط النخل أو ما يسقط من بلح وغيره والجريد والليف ومن الزرع بينهما على ما شرطا من الأجزاء. انتهى. ص: **(والقول لمدعي الصحة)** ش: هكذا قال في المدونة. قال في الشامل: وصدق مدعي الصحة بعد العمل وإلا تحالفا وفسخت انتهى. وقال اللخمي: القول قول مدعي الحلال، سواء كان اختلافهما قبل العمل أو بعده، ويحلف على ذلك قبل العمل. وفصل في توجيه اليمين في اختلافهما بعد العمل، وكان ابن رشد في رسم إن خرجت من سماع عيسى يدل على أن القول قول مدعي الصحة قبل العمل وبعده أيضاً فتأمل ذلك مع كلام الشامل والله أعلم. ص: **(وإن قصر عامل عما شرط حط بنسبته)** ش: وهذا بخلاف ما لو جاء مطر ودخل الحائط فلم يحتج إلى سقي في مدة من الزمان فلا رجوع عليه بشيء من أجرة السقي. قاله في رسم سن من سماع ابن القاسم. قال ابن رشد: هذا لا خلاف فيه أنه لا رجوع لواحد منهما على صاحبه إن زاد العمل على المعهود أو نقص منه بخلاف ما لو استأجر لسقي حائط في زمن معلوم فجاء المطر فأقام فيه حيناً لوجب أن يحط من إجارته بقدر ما أقام الماء في الحائط. انتهى بالمعنى والله الموفق

التحفظ منه اكتري عليه وسوقي عليه ولم يفسخ العقد **(وساقط النخل كليف كالثمرة)** من المدونة قال ابن القاسم: وما كان من سواقط النخل أو ما يسقط من بلح أو غيره والجريد والليف وتبن الزرع فبينهما على ما شرطا من الأجزاء **(والقول لمدعي الصحة)** من المدونة قال ابن القاسم: إن ادّعى أحد المساقيين فساداً فالقول قول مدعي الصحة **(وإن قصر عامل عما شرط حط بنسبته)** قال سحنون: من أعطى كرمه أو زيتونه مساقاة على أن يسقي ويقطع ويجني وعلى أن يحرثه ثلاث حرثات فعمل ما شرط عليه إلا أنه لم يحرث إلا حرثتين. قال: ينظر عمل جميع الحائط المشترط عليه من سقاء وحرث وقطع وإجناء فلينظر ما عمل مع ما ترك ما هو منه، فإن كان ما ترك يكون منه الثلث حط من النصف للذي هو له ثلثه إن ساقاه على الثلث، أو الربع حط من حصته الثلث على ما ذكرنا اهـ. وانظر بعض كتب أهل الأحكام يذكرون بعد هذا الباب كتاب المغارسة وهو ترجمة من تراجم العتبية وذكره في المدونة في أكرية الدور والأرضين.

باب الإجارة

....

كتاب الإجارة

قال في القاموس: الأجر الجزاء على العمل كالإجارة مثلثة انتهى. وقال القرافي في الذخيرة: ويقال آجر بالمد والقصر وأنكر بعضهم المد وهو منقول قال: ولما كان أصل هذه المادة الثواب على الأعمال وهي منافع خصصت الإجارة ببيع المنافع على قاعدة العرف في تخصيص كل نوع تحت جنس باسم ليحصل التعارف عند الخطاب. قال: وقد غلب وضع الفِعالة بالكسر للصنائع نحو الصناعة والخياطة والتجارة والفعالة بالفتح لأخلاق النفوس نحو السماحة والشجاعة والفصاحة. والفُعالة بالضم لما يطرح من المحقرات نحو الكناسة والقلامة والفضالة والنخالة انتهى. وقال في اللباب: حقيقتها تمليك منفعة غير معلومة زمناً معلوماً بعوض معلوم. انتهى. وقال ابن عرفة: حدها عرفاً بيع منفعة ما أمكن نقله غير سفينة ولا حيوان لا يعقل بعوض غير ناشيء عنها بعضه يتبعض بتبعيضها، فيخرج كراء الدور والأرضين والسفن والرواحل والقراض والمساقاة والمغارسة والجعل. وقول القاضي: معاوضة على منافع الأعيان لا يخفى بطلان طرده. ونحوه قول عياض: بيع منافع معلومة بعوض معلوم مع خروج فاسدها انتهى. وقال البرزلي: قال الغرناطي: الإجارة تطلق على منافع من يعقل والأكرية على منافع من لا يعقل. البرزلي: يريد اصطلاحاً، وقد يطلق أحدهما على الآخر ففي غررها إن استأجرت منه داراً بثوب إلى آخره، انتهى. وقال في اللباب: وقد خص تمليك منفعة الآدمي باسم الإجارة، ومنافع المتملكات باسم الكراء انتهى. والموثقون المتقدمون يستفتحون عقود الأراضي والجنات بلفظ «تقبل» ومعنى الجميع واحد انتهى. وقال ابن عرفة: وقولها: «يجوز أن يستأجر طريقاً في

كتاب الإجارة

ابن شاس: في كتاب الإجارة ثلاثة أبواب: الأول في أركانها وهي: العاقدان والأجرة والمنفعة وهي كل منفعة يستباح تناولها. الباب الثاني في حكم الإجارة الصحيحة. الثالث في الطوارىء الموجبة للفسخ. عياض: يقال آجرت فلاناً وأجرته بالمد والقصر وكذلك آجره الله. وأنكر بعضهم المد في الإجارة وهو الصحيح. وأصلها الثواب وهي بيع منافع معلومة بعوض معلوم وهي معاوضة صحيحة يجري فيها ما يجري في البيوع من الحلال والحرام. ابن عرفة: الإجارة بيع منفعة ما أمكن نقله غير

صِحَّةُ الإِجَارَةِ بِعَاقِدٍ، وَأَجْرٍ: كَالْبَيْعِ،

دار رجل ومسيل مصب مرحاض» لا يخفى أنه من باب المجاز لأنه أخف من الاشتراك اهـ. قال في اللباب: وحكمها الجواز ابتداء واللزوم بنفس العقد ما لم يقترن به ما يفسدها. وقال ابن عرفة: محمد: وهي جائزة إجماعاً. الصقلي: خلاف الأصم فيها لغو لأنه مبتدع وفيها مع غيرها عقدها لازم كالبيع انتهى. وقد يعرض لها الوجوب إذا لم يجد الإنسان من يستأجره بل بنفسه ووجبت إعانته. نقله الأبيّ عن ابن عرفة في حديث نزول السيد عيسى وحكمة مشروعيتها، قال في اللباب: التعاون ودفع الحاجات وقد نبه الله على ذلك بقوله: ﴿ورفعنا بعضهم فوق بعض درجات ليتخذ بعضهم بعضاً سخرياً﴾ [الزخرف: ٣٢] انتهى.

باب صحة الإجارة بعاقد وأجر كالبيع

ذكر رحمه الله من أركانها: العاقد وهو شامل للمؤجر والمستأجر وذكر الأجر، وسيذكر المنفعة ولم يذكر الصيغة، وكذلك ابن شاس وابن الحاجب والقرافي وابن عرفة وذكرها صاحب اللباب فقال: هي لفظ أو ما يقوم مقامه يدل على تمليك المنفعة بعوض. انتهى.

تنبيه: لا يرد على المصنف مسألة الخياط المخالط يستخيطه الثوب فإذا فرغ أرضاه قال مالك: لا بأس بها لأنها نادرة وبهذا اعتذر عن ابن الحاجب. ومسألة الخياط هذه هي في رسم سلعة سماها من سماع ابن القاسم من الجعل والإجارة ونصها: وسئل عن الخياط الذي بيني وبينه الخلطة ولا يكاد يخالفني أستخيطه الثوب، فإذا فرغ منه وجاء به أراضيه على شيء أدفعه إليه؟ قال: لا بأس بذلك. قال ابن رشد: وهذا كما قال لأن الناس استجازوه ومضوا عليه وهو نحو ما يعطى الحجام من غير أن يشارط على عمله قبل أن يعمله، وما يعطى في الحمام، والمنع من هذا وشبهه تضييق على الناس وحرج في الدين وغلو فيه. قال الله تعالى: ﴿وما جعل

سفينة ولا حيوان لا يعقل بعوض غير ناشىء عنها بعضه يتبعض بتبعيضها (**صحة الإجارة بعاقد وأجر كالبيع**) ابن شاس: أركان الإجارة ثلاثة: الأول: العاقدان ولا يخفى. ابن الحاجب: هما كالمتبايعان. ابن عرفة: هذا ظاهر المذهب. الركن الثاني: الأجر وهو كالثمن يطلب كونه معروفاً قدراً وصفة. قال أبو عمر: وذهب أهل الظاهر وطائفة من السلف إلى جواز المجهولات في الإجارة من البدل، وأجازوا أن يعطي حماره لمن يسقي عليه أو يعمل بنصف ما يرزق بسعيه على ظهره، ويعطي الحمام لمن ينظر فيه بجزء منه مما يحصل منه كل يوم قياساً على القراض والمساقاة. قالوا: وأباح الله إجارة المرضع وما يأخذه الصبي من لبنها مع اختلاف أحوال الصبيان في الرضاع واختلاف ألبان النساء وورد القرآن بجوازه اهـ. من الاستذكار. انظر هل ينتظم في هذا السلك ما تعم به البلوى بالنسبة إلى أرباب البهائم يحسن إليهم أن يبيتوا بالبهائم في فدان إنسان. ومن هذا ما سئلت عنه في قرى الساحل لا بد لصاحب البهائم الذي يشتي بالساحل بهائمه أن يدفع إلى بعض دور تلك القرى فينفق صاحب الدار عليه

....

عليكم في الدين من حرج﴾ [الحج: ٧٨] وقال ﴿قل يا أهل الكتاب لا تغلوا في دينكم﴾ [النساء: ١٧١] ومما يدل على جوازه من السنة ما ثبت من أن رسول الله ﷺ حجمه أبو طيبة فأمر له بصاع من تمر وأمر أهله أن يخففوا من خراجه. وكره النخعي أن يستعمل الصانع حتى يقاطع بشيء مسمى. وكره ذلك ابن حبيب أيضاً قال: ولا يبلغ التحريم والأمر في ذلك واسع. انتهى ونقله ابن عرفة.

فرع: قال في الذخيرة عن ابن يونس: إذا قلت: خطه بدرهم وقال: بدرهمين فخاطه فليس له إلا درهم. قاله ابن القاسم. لأنك أعلمته بما ترضى به وكذلك قول ساكن الدار انتهى. وفي النوادر عن مالك من رواية ابن المواز: من دفع ثوباً الخياط فقال: لا أخيطه إلا بدرهمين، وقال ربه: لا أخيطه إلا بدرهم وجعله عنده فخاطه، ليس له إلا درهم. قال: ومن سكن منزلاً فقال له ربه: بدينارين في السنة، وقال الساكن: لا أعطي إلا ديناراً وإلا خرجت إن لم ترض، فسكن ولم يجبه بشيء حتى تمت السنة قال: لا يلزمه إلا دينار انتهى. ومسألة الخياط لا تشبه مسألة كراء المنزل، لأن رب الثوب لم يتول استيفاء المنفعة بنفسه فلذلك لم يفرقوا فيها بين تقدم قول الخياط وقول صاحب الثوب بخلاف المنزل فإن المستأجر تولى استيفاء

ويعطيه بهائم نفسه وكلاهما ينتفع بصاحبه، وهذا والله أعلم كله قريب. وقد ألفيت القوم وقد شدّدوا عليهم في هذا وهم لا بد فاعلوه، وقد تقدم عند قوله: «ويخلطهما إلا كقمح بمثله» ما في مثل هذا التشديد من الحرج في الدين. وقد أجاز مالك أن يؤاجر الخياط على خياطة ما يحتاج إليه هو وأهله من الثياب في السنة، والفران على خبز ما يحتاج إليه من الخبز سنة أو أشهراً إذا عرف عيال الرجل وما يحتاجون إليه من ذلك. وقد أجاز ابن حبيب مثل هذا في الحمام إلا أن ابن يونس رجح قول مالك في الخبز والخياطة بأن أكل الناس معروف والخياطة قريب منه قال: بخلاف الحمام فإنه قد يدخل في الشهر مرة واحدة وقد يدخل كل يوم. قال: فالمنع في الحمام هو الصواب. وانظر أيضاً قد قال سحنون: لو حملت أكثر الإجارات على القياس لبطلت، وسئل ابن أبي زمنين عن الغنم المؤلفة للتزبيل تنفتق الشبكة فترعى الغنم ما حولها قال: الضمان على صاحب الأرض لا على أصحاب الغنم، لأن رب الأرض استأجرها وبيتها في أرضه فما جنت في تلك الليلة فعليه الضمان. وانظر الأولى في هذا الباب الدخول على وجه المكارمة وما تقدم في الشفعة لم أجاز مالك الهبة لغير ثواب مسمى؟ قال: لأنه على وجه التفويض في النكاح. وقد روى ابن القاسم عن مالك أنه لا بأس باستعمال الخياط المخالط الذي لا يكاد يخالف مستعمله دون تسمية أجر إذا فرغ راضاه بشيء يعطيه. ابن رشد: لأن الناس استجازوا هذا كما يعطي الحجام وفي الحمام وفي المنع منه حرج وغلو في الدين اهـ. نص ابن رشد. وقد ترجم البخاري باب الإجارة وأخذ عطية بن قيس فرساً على النصف، وأجاز ذلك الأوزاعي وأحمد بن حنبل اهـ. ونقل أيضاً في صحيحه. قال ابن عباس: أن يقال بع هذا الثوب فما زاد علي كذا وكذا فهو لك. وقال ابن سيرين: إذا قال بعه بكذا فما كان من ذلك فلك أو بيني وبينك فلا

المنفعة بنفسه مع علم رب المنزل بذلك، ففرقوا في ذلك بين تقدم قول الساكن وتأخر قوله عن قول صاحب المنزل. قاله ابن رشد في نوازل سحنون من جامع البيوع. وذكر فيه أيضاً أن حكم ما أتلفه المشتري من السلع بحضرة ربه حكم ما ذكر من استيفاء المستأجر للمنفعة مع علم رب المنزل بذلك أنه يلزم من قوليهما الآخر. وقد تكلم على هذه المسألة بكلام جيد، وفرق فيه بين مسألة نوازل سحنون ومسألة سماع عيسى من كراء الدور وغيرهما من الروايات فانظره والله أعلم.

تنبيه ثان: علم من تشبيه الأجرة بالثمن أنه يشترط فيها أن تكون معلومة الجملة والتفصيل أو التفصيل دون الجملة لأن المذهب جواز ذلك في البيع. وقيل: لا يجوز. وقيل: بالكراهة على ما تقدم في البيع. ونقل القول بالمنع في التوضيح عن خارج المذهب، ونقله ابن عرفة عن ابن أبي مسلمة وسحنون. فعلى هذا لا تمتنع حراسة الأندر كل أردب مثلاً بقدح لأنه معلوم التفصيل مجهول الجملة ما لم يقترن بذلك ما يفسده من أعمال مجهولة ونحو ذلك. وقد ذكر البرزلي في أوائل مسائل الجعل والإجارة أن ابن أبي زيد سئل عن حراس الزرع والزيتون ليلاً ونهاراً بالضمان أو بغيره على أن كل قفيز عليه مدان أو ثلاثة، وهل يلزمهم تفريغ الشباك والأحمال أم لا؟ فقال: أما استئجارهم لكل قفيز مدان فجائز، فإن شرطوا تفريغ الشباك ونزول الأحمال فيلزم، وشرط الضمان عليهم لا يلزم وله أجرة مثله ممن لا ضمان عليه. البرزلي: يجري على شرط ضمان ما لا يضمن في الإجارات والعواري وفيه خلاف، والمشهور ما قاله. وقوله: «كل قفيز بمدين جائز» معناه إذا عرف صفتهما كما قال. ويتوصل إلى معرفته بفرك سنبله ولا يراعى كثرة الأقفزة من قلتها لأنه مأخوذ من كل قفيز فهو مجهول الجملة معلوم التفصيل، وهو جارٍ على المذهب أيضاً من جواز بيع الحنطة في سنبلها. وفي الذخيرة عن

بأس به اهـ. وكان سيدي ابن سراج رحمه الله فيما هو جارٍ على هذا لا يفتي بفعله ابتداء ولا يشنع على مرتكبه، قصارى أمر مرتكبه أنه تارك للورع وما الخلاف فيه شهير لا حسبة فيه ولا سيما إن دعت لذلك حاجة، ومن أصول مالك أن يراعي الحاجيات كما يراعي الضروريات. فأجاز الرد على الدرهم مع كونه يجعل مد عجوة من باب الربا، وأجاز تأخير النقد في الكراء المضمون ولا شك أن الأمر فيما ذكرناه أخف لأن بالتحلل تبرأ ذمتهم بخلاف الدين بالدين وباب الربا، ويباح الغرر اليسير بخلاف باب الربا. ومن نوازل الشعبي: وسئل أصبغ بن محمد عن رجل يستأجر الأجير على أن يعمل له في كرم على النصف مما يخرج الكرم أو جزء. قال: لا بأس بذلك. قيل: وكذلك ما يضطر إليه مثل الرجل يستأجر الأجير يحرس له الزرع وله بعضه؟ قال: ينظر إلى أمر الناس إذا اضطروا إليه فيما لا بد لهم منه ولا يجدون العمل له إلا به فأرجو أن لا يكون به بأس إذا عم ما يبين ذلك مما يرجع فيه إلى أعمال الناس ولا يجدون منه بداً مثل كراء السفن في حمل الطعام. وسئل سيدي ابن سراج رحمه الله: هل تجوز المشاركة في المعلوفة أن يكون الورق على واحد وعلى الآخر الخدمة وتكون

....

الأبهري ما يقتضي المنع. قال الأبهري: يمتنع حمل الزرع على أن له في كل مائة أردب تخرج عشرة أرداب إذ لا يدري كم يخرج أردب وتجوز بالقتة لأنها تحزر، ولعل هذا على القول بعدم جواز ذلك البيع وهذا هو الظاهر والله أعلم. وسئل أيضاً عن حراستهم الأندر كلها بأقفزة معلومة ومنهم من يصيب ألفاً ومائة قفيز أو أقل أو أكثر، هل هو على قدر الرؤوس أو الصابة؟ فأجاب: استئجارهم الأندر بأقفزة معلومة إن كان قبل حصوله في الأندر ورؤيته فلا يجوز، وبعد رؤيته وحصوله فجائز ويكون مفضوضاً على قدر الصابة. ووقع لسحنون أنه على الرؤوس والأول أحب إليّ. قال البرزلي: وهذه إحدى المسائل التي اختلف فيها هل هي على قدر الأنصباء أو على الرؤوس. انتهى والله أعلم.

فرع: قال في المدونة في أكرية الدور: ولو سكن أجنبي طائفة من دارك وقد علمت به فلم تخرجه لزمه كراء ما سكن. أبو الحسن: لاحتمال تركه له للأرفاق وكونه على جهة الإجارة، فلما احتمل الوجهان كان الأصل أن الأملاك على ملك مالكها ولا يمين عليه إلا أن يدعي عليه بالنص أنه أرفقه فيختلف في يمينه على الخلاف في دعوى المعروف، وأما إن لم يقم عليه إلا بسكوته فلا يمين انتهى.

فرع: قال البزرلي في أواخر الوكالات وفي نوازل ابن الحاج: إذا أخرج أحد الشريكين في دين لاقتضائه دون إذن صاحبه فاقتضاه أو بعضه وطلب الأجرة من صاحبه وجبت له بعد حلفه أنه ما خرج لذلك متطوعاً. قلت: إلا أن تشهد الغادة أن مثله لا يأخذ أجرة فيما ولي. أصله مسألة كتاب العارية وكراء الدور إذا سكن طائفة من داره بغير إذنه انتهى. وفي رسم طلق من سماع ابن القاسم من الرهون: وسئل مالك عن رجل يرهن الدار من رجل يضعها على يديه ويقتضي غلتها ويقوم في ذلك، ثم يطلب أن يعطى في ذلك أجراً فيما قام به. قال: من الناس من يكون له ذلك، ومنهم من لا يكون له ذلك. فأما الرجل الذي مثله يشبه أن يعمل بأجر ومثله يؤاجر نفسه في مثله، فإن طلبه فأرى ذلك له. وأما من مثله يعني فلا أرى له ذلك. ابن رشد: هذا نحو ما في رسم جامع من كتاب الجعل من سماع عيسى أنه يكون له إجارة مثله إن كان يشبه أن يكون مثله يعمل بالإجارة، وإنما له ذلك بعد يمينه ما أقام في ذلك وعنى به احتساباً، وإنما فعل ذلك ليرجع بحقه فيه على معنى ما قاله في أول سماع يحيى من الكتاب المذكور انتهى. وله أيضاً في سماع يحيى من كتاب البضائع والوكالات قريب من هذا، وفي سماع ابن القاسم منه مسألة طالب النفقة على البضاعة كالقراض. وفي التوضيح وابن عرفة: في كتاب القراض شيء من هذا المعنى. وقال في آخر كتاب الرهون من الذخيرة: إذا تهدمت دار فتقوم عليها فلك الأجرة إن كان مثلك يعمل ذلك بأجرة بعد أن تحلف ما تبرعت انتهى. والقاعدة المذهبية في إيصال النفع للغير ذكرها ابن الحاجب في أواخر الإجارة، وكذا ابن عرفة، وذكرها القرافي في الرهون وفي اللقطة. وقال في المسائل الملقوطة:

إذا عجز صاحب الدابة عن علفها وسيبها فأعلفها غيره ثم وجدها ربها قال مالك: هو أحق بها لأنه مكره على تركها بالإضرار لذلك، ويدفع ما أنفق عليها وقيل: هي لعالفها لإعراض المالك عنها. ذكر ذلك القرافي في الفرق التاسع والثلاثين والمائة. وفي الذخيرة في الركن الثالث من الإجارة: ولا شيء عليه في قيامه عليها لأنه قام لنفسه انتهى. وعلم من تشبيه العاقد هنا بعاقد البيع أن الصبي المميز إذا أجر نفسه بغير إذن وليه صح ووقف على رضاه، وقد نص على ذلك في المدونة. قال في المتيطية: وليس لذي الأب والوصي أن يؤاجر أنفسهما دون إذنهما، فإن فعلا نظرا في ذلك؛ فما رأياه من رد أو إمضاء فعلاه ما لم يعملا، فإن عملا كان لهما الأكثر من المسمى وأجرة المثل، فإن أصابهما من سبب العمل شيء فلهما قيمة ما نقصهما أو ديتهما إن هلكا، ولهما الأجرة إلى يوم أصابهما ذلك وليس لهما فيما أصابهما من غير سبب العمل شيء. انتهى.

فرع: قال في المتيطية: وإن آجر الرجل ابنه من نفسه أو من غيره ومثله لا يؤاجر فسخت الإجارة وأنفق الأب عليه إن كان الأب غنياً والابن عديماً لا مالٍ له، فإن كان له مال أنفق عليه منه، وله أن يؤاجره فيما لا معرة على الابن فيه. وإن كان الأب فقيراً أو مقلاً أو يريد تعليم الابن فيجوز له ذلك حينئذ وينفق عليه من أجرته، فإن فضل شيء حبسه عليه، وليس له أن يأكل مما فضل من عمل الصبي، وإن كان فقيراً خوفاً من أن لا يتمكن الصبي من العمل فيما يستقبل أو يمرض فلا يجد ما يأكل. وقال ابن لبابة: لا بأس أن يكون بالمعروف انتهى.

فرع: قال ابن عرفة: قال المتيطي وابن فتوح: ويجوز عقد الحاضنة على محضونها أماً كانت أو غيرها، ولا ينفسخ إلا أن يزاد الصبي في أجرته فتقبل الزيادة ويفسخ عقد الأم وينظر له أحسن المواضع ولو كان بأقل من موضع آخر، ولا تقبل الزيادة في عقد الوصي إلا أن يثبت أن فيه غبناً على اليتيم انتهى.

فرع: قال في المتيطية: ولا يجوز استئجار الأعزب المرأة لتخدمه في بيته مأموناً كان أو غيره، فإن كان له أهل جاز إن كان مأموناً وكانت المرأة متجالة لا أرب للرجال فيها، أو كانت شابة ومستأجرها شيخ كبير فإن ذلك جائز. انتهى ونحوه في اللخمي. ونقله ابن عرفة. وفي الجعل منها في ترجمة إجارة نزو الفحل: وأكره للأعزب أن يؤاجر حرة ليس بينه وبينها محرم، أو أمة لخدمة يخلو معها أو يعادلها في محمل. انتهى. أبو الحسن الكبير: انظر هل الكراهة على بابها أو على المنع؛ لأن فيه خلوة؟ وعلى هذا حمله اللخمي وقال: لم يجز. وكذا نقله المتيطي وابن فتوح. وفي رسم لم يدرك من سماع عيسى من النكاح: وسئل عن المرأة العزبة الكبيرة تلجأ إلى الرجل فيقوم لها بحوائجها ويناولها الحاجة، هل ترى له ذلك حسناً؟ قال: لا بأس به وليدخل معه غيره أحب إلي ولو تركها الناس لضاعت. ابن رشد: وهذا على ما قال: إنه جائز

وَعُجِّلَ، إِنْ عُيِّنَ أَوْ بِشَرْطٍ، أَوْ عَادَةٍ، أَوْ فِي مَضْمُونَةٍ لَمْ يَشْرَعْ فِيهَا،

للرجل أن يقوم للمرأة الأجنبية في حوائجها ويناولها الحاجة إذا غض بصره عما لا يحل له النظر إليه مما لا يظهر من زينتها لقوله تعالى: ﴿ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها﴾ [النور: ٣١] وذلك الوجه والكفان على ما قاله أهل التأويل فجائز للرجل أن ينظر إلى ذلك من المرأة عند الحاجة والضرورة، فإن اضطر إلى الدخول عليها أدخل غيره معه ليبعد سوء الظن عن نفسه، فقد روي أن رجلين من أصحاب النبي ﷺ لقيا النبي ﷺ ومعه زوجته صفية رضي الله عنها فقال لهما: إنها صفية فقالا: سبحان الله يا رسول الله: فقال: إن الشيطان يجري من ابن آدم مجرى الدم وإن خشيت أن يقذف في قلوبكما فتهلكا. انتهى. ص: **(وعجل إن عين أو بشرط أو عادة أو في مضمونة لم يشرع إلا كري حج فاليسير وإلا فمياومة)** ش: اعلم أن

الزريعة بينهما على نسبة الحظ المتفق عليه؟ فأجاب: قد أجاز ما ذكر بعض العلماء، فمن عمل بذلك على الوجه المذكور للضرورة وتعذر الوجه الآخر فيرجى أن يجوز إن شاء الله. ورأيت له فتيا أخرى قال فيها: ويجري ذلك على مقتضى قول مالك في إجازة الأخر الكلي الحاجي. وسئل عن إعطاء الجباح لمن يخدمها بجزء من غلتها قال: هي إجارة مجهولة وكذلك في الأفران والأرحى. وإنما يجوز ذلك على من يستبيح القياس على المساقاة والقراض. وحكى هذا عن ابن سيرين وجماعة وعليه يخرج اليوم عمل الناس في أجرة الدلال لحاجة الناس إليه، وعليه الضمان لقلة الأمانة وكثرة الخيانة كما اعتذر مالك بمثل هذا في إباحة تأخير الأجرة في الكراء المضمون في طريق الحج لأن الأكرياء ربما لا يوفون، فعند مالك هذا ضرورة إباحة الدين بالدين فالناس مضطرون لهذا والله المخلص. **(وعجل إن عين)**. ابن عرفة: العوض المعين أجراً كشرائه يجب تعجيله. من المدونة قال ابن القاسم: من اكترى دابة لركوب أو حمل أو اكترى داراً أو استأجر أجيراً بشيء بعينه من عرض أو حيوان أو طعام فتشاحا في النقد ولم يشترطا شيئاً، فإن كانت سنة الكراء بالبلد بالنقد جاز وقضى بنقدها، وإن لم تكن سنتهم بالنقد لم يجز الكراء ولو عجلت هـذه الأشياء إلا أن يشترط النقد . في العقد كما لا يجوز بيع ثوب أو حيوان بعينه على أن يقبض إلى شهر ويفسخ ذلك. ابن يونس: لأن العرف كالشرط وإن لم تكن له سنة راتبة وكانوا يكرون بالنقد وبالنسيئة وأبهموا الكراء، فأصل ابن القاسم أنه على التأخير لأن عقد الكراء لا يوجب نقد ثمنه إلا أن يكون عرفاً أو شرطاً وإلا لم يلزمه أن ينقد إلا بقدر ما ركب أو سكن بخلاف شراء السلع المعينة، هذه بتمام عقد شرائها يجب عليه نقد ثمنها لأنه ينتقدها فوجب عليه نقد ثمنها، والركوب والسكنى لم ينقده فوجب أن لا ينقد إلا ثمن ما قبض منه، فلما كان عقد الكراء لا يوجب انتقاد ثمنه فكأنهما دخلا في الكراء بهذه المعينات على التأخير فوجب فساد الكراء. ابن القاسم: وإن اكترى ما ذكرنا بدنانير معينة ثم تشاحا في النقد، فإن كان الكراء بالنقد قضى بنقدها وإلا لم يجز الكراء إلا أن يشترط تعجيلها في العقد **(أو بشرط)** قال مالك: من استأجر صانعاً على عمل عرف أنه يعمله بيده فسأله تقديم الأجرة وهو يقول لا أعمله إلا إلى شهر لا يصلح تقديم أجره له حتى يبدأ في عمله، فإن بدأه قدمه له إن شاء. ابن رشد: وهذا يدل على أنه

إِلاَّ كَرِيِّ حَجٍّ: فَالْيَسِيرَ وَإِلاَّ فَمُيَاوَمَةً،

التعيين تارة يكون في الأجرة، وتارة يكون في المنفعة المستأجرة. واعلم أنه يقضى بتعجيل الأجرة إذا شرط التعجيل، سواء كانت الأجرة شيئاً بعينه أو شيئاً مضموناً في الذمة. وكذلك يقضى بالتعجيل إذا كانت العادة التعجيل، سواء كانت الأجرة شيئاً معيناً أو شيئاً مضموناً، وسواء في ذلك الأجرة المعينة والمضمونة. وكذلك يقضى بالتعجيل إذا كانت المنفعة المستأجرة مضمونة في ذمة الأجير وتأخر شروعه في العمل يومين، وأما لو أخره إلى يوم واحد فيجوز التقديم والتأخير. وقول المصنف: «إن عين» مستغنى عنه لأن الأجر إذا كان معيناً فإن شرط تعجيله أو كان العرف تعجيله صحت الإجارة وقضى بتعجيله للشرط والعرف، وهو مستفاد من قوله: «أو بشرط أو عادة» وإن لم يكن شرط ولا عرف فالإجارة فاسدة كما سيصرح به المؤلف فتأمله. ولا يرد هذا على ابن الحاجب لأنه لا يفسد عنده إلا إذا كان العرف التأخير، فيحمل قوله: «يعجل إن كان معيناً» على ما إذا لم يكن عرف ولا اشترط التعجيل، وهو خلاف قول ابن القاسم كما قاله في التوضيح. قال في أوائل كراء الرواحل منها: ومن اكترى دابة لركوب أو حمل أو داراً أو استأجر أجيراً بشيء بعينه من عين أوعرض أو حيوان أو طعام فتشاحا في النقد ولم يشترطا شيئاً، فإن كانت سنة الكراء في البلد بالنقد جاز وقضى بقبضها،

لا يجب عليه تقديم الأجرة إلا بشرط أو عرف **(أو عادة)** من المدونة قال مالك: إذا أراد الصناع والأجراء تقديم الأجر قبل الفراغ وامتنع رب العمل حملوا على المتعارف بين الناس، فإن لم تكن لهم سنة لم يقض لهم إلا بعد فراغ أعمالهم، وأما الأكرية في دار أو راحلة أو إجارة بيع السلع ونحوها فبقدر ما مضى، وليس للخياط إذا خاط نصف الثوب أخذ نصف الأجر حتى يتم إذا لم يأخذه على ذلك. ابن يونس: ولأنه لو خاطه كله ثم ضاع الثوب ببينة لم يكن له أجر عند ابن القاسم فكذلك إذا خاط بعضه **(أو في مضمونة لم يشرع فيها)**. ابن رشد: الإجارة على عمل معين كنسج الغزل إن كان مضموناً في الذمة لم يجز إلا بتعجيل الأجر أو الشروع، وإن تأخر كان الدين بالدين فلا يجوز إلا بتعجيل الطرفين أو أحدهما **(إلا كراء حج فاليسير)**. ابن المواز: قال مالك: من تكارى كراء مضموناً إلى أجل مثل الحج في غير إبانه فلا يجوز أن يتأخر النقد ولكن يعجل مثل الدينارين ونحوهما وقد كان يقول: لا ينبغي إلا أن ينتقد مثل ثلثي الكراء إلا في مثل هذا المضمون إلى أجل، ثم رجع وقال: قد اقتطع الأكرياء أموال الناس فلا بأس أن يؤخروهم بالنقد ويعربنوهم الدينار وشبهه. قال أبو محمد: يريد ولو كان مضموناً بغير أجل وشرع في الركوب جاز بغير نقد، لأن نقد أوائل الركوب كقبض جميعه إذ هو أكثر المقدور عليه في قبضه. ابن يونس: يريد أنه اكترى كراء مضموناً لا يركب فيه إلا إلى أجل فالنقد فيه جائز، بل لا يجوز تأخير النقد كله بشرط في هذا المضمون كتأخير رأس مال السلم، وإنما أجازه مالك إذا أخر بعض النقد لأن الأكرياء اقتطعوا أموال الناس فأجاز فيه تأخير بعض الثمن لهذه الضرورة بخلاف تأخير بعض رأس مال السلم **(وإلا فمياومة)** من المدونة:

وَفَسَدَتْ إِنِ انْتَفَى عُرْفُ تَعْجِيلِ الْمُعَيَّنِ:

وإن لم تكن سنتهم بالنقد لم يجز الكراء، وإن عجلت هذه الأشياء إلا أن يشترط النقد في العقد كما لا يجوز بيع ثوب أو حيوان بعينه على أن لا يقبض إلا إلى شهر ويفسخ. ابن القاسم: وإن اكترى ما ذكرناه بدنانير معينة ثم تشاحا في النقد، فإن كان الكراء بالبلد بالنقد قضي به وإلا لم يجز الكراء إلا أن يعجلها انتهى. قال أبو الحسن: قال عياض: قوله: «إلا أن يعجلها» أي يشترط ذلك في أصل العقد، يبين ذلك ما تقدم واختصره ابن يونس إلا أن يشترط تعجيله في العقد. وقوله أولاً: «إلا أن يشترط النقد في العقد» الاستثناء منقطع كأنه يقول: لكن إن اشترط النقد في العقد جاز انتهى. ثم قال في المدونة إثر الكلام السابق كقول مالك فيمن ابتاع سلعة بدنانير له ببلد آخر عند قاض أو غيره، فإن شرط ضمانها إن تلفت جاز وإلا لم يجز البيع، فأرى إن كان الكراء لا ينقد في مثله فلا يجوز إلا أن يشترط عليه إن تلفت فعليه مثلها، ولا يجوز اشتراط هذا في طعام ولا عرض في بيع ولا كراء لأنه مما يبتاع لعينه فلا يدري أي الصفقتين ابتاع ولا يراد من المال عينه. وقال غيره: في الدنانير هو جائز وإن تلفت فعليه الضمان انتهى. أبو الحسن: قوله: «فأرى الكراء إن كان لا ينقد في مثله» معناه ليس من سنتهم النقد. وذكر بعضهم عن بعض الشيوخ أنه قال: يحتمل أن يريد بقوله إن كان لا ينقد في مثله» كبيع الخيار قال: ولم أره لغيره انتهى. وهذا الذي أشار إليه المؤلف في فصل كراء الدابة بقوله: «وبدنانير عينت إلا بشرط الخلف» انتهى. وقوله: «أو في مضمونة لم يشرع فيها» يريد لم يشرع فيها إلا بعد طول، وأما إن قرب الشروع فيجوز تأخير الكراء ويجوز اشتراط ذلك. قال المتيطي: فإن كان المضمون في الكراء إنما هو على أن يأتيه بها تلك الليلة أو في الغد،فلا بأس باشتراط تأخير الكراء إلى أجل. وقوله: «إلا كري حج فاليسير» لو أدخل الكاف لكان أشمل. قال المتيطي: روى أبو زيد عن ابن القاسم ذلك في الكراء المضمون ولم يذكر الحج ونصه: تعجيل النقد في الكراء المضمون إلى أجل هو الأصل. ولا يجوز تأخيره بشرط. واختلف في تعجيل بعضه وتأخير باقيه دون شرط فقال مالك فيمن أكرى إلى الحج في غير إبان الحج ليخرج في إبانه لا بأس أن يقدم منه الدينار والدينارين ولا يجوز في غيره. وروى أبو زيد عن ابن القاسم ذلك في الكراء المضمون ولم يذكر الحج وقال: كم من كري ذهب بالكراء. وروى ابن المواز عن مالك كراهة تأخير النقد إلا أن ينقد أكثره أو ثلثيه. وقال مثله أشهب ثم قال: قال مالك: قد اقتطع الأكرياء أموال الناس فلا بأس أن ينقده الدينار والدينارين

أما في الأكرية في دار أو راحلة أو إجارة بيع السلع ونحوه فبقدر ما مضى ابن القصار كلما مضى يوم استحق أجره (**وفسدت إن انتفى عرف تعجيل المعين**). ابن يونس: أو لم تكن له سنة راتبة، فأصل ابن القاسم أنه على التأخير، وأما المعين فقد تقدم الكلام عليه قبل هذا قبل قوله: «أو بشرط». انظر آخر ترجمة ما يحل أو يحرم في الجعل وجعل من ذلك النكاح مع البيع والجزاف مع المكيل وحكى

....

يريد في غير الحج انتهى. وفي التوضيح عن الموازية: مثل الحج في غير إبانه واليسير الدينار والديناران على ما رجع إليه مالك والله أعلم. وقوله: «وإلا فمياومة» أي وإن لم تكن الإجارة مضمونة بل كانت معينة أو كانت مضمونة إلا أنه شرع فيها ولم يكن شرط ولا عرف والأجر غير معين فإنما تستحق الأجرة مياومة، وهذا عند المشاحة وإلا فيجوز التقديم والتأخير. صرح بذلك في أول مسألة من كتاب الجعل والإجارة من البيان ونقله ابن عرفة.

تنبيهات: الأول: يعترض على المصنف بما اعترض به على ابن الحاجب في قوله فإن لم يكن شرط ولا عادة أخذ مياومة. قال: ظاهر كلامه يتناول الصنائع بل الإجارة في العرف مقصورة عليها، والمذهب أن الصانع لا يستحق الأجرة عند الإطلاق إلا بعد تمام العمل انتهى. ومثله يقال عليه. وما قال: إنه المذهب هو في كتاب الجعل والإجارة من المدونة قبل ترجمة الدعوى في الإجارة ونصها: وإذا أراد الصناع والأجراء تعجيل الأجر قبل الفراغ وامتنع رب العمل حملوا على المتعارف بين الناس، فإن لم تكن لهم سنة لم يقض لهم به إلا بعد فراغ أعمالهم. وأما في الأكرية في دار أو راحلة أو في إجارة بيع سلعة ونحوه فبقدر ما مضى، وليس للخياط إذا خاط نصف القميص أخذ نصف الأجرة حتى يتم إذا لم يأخذه على ذلك. انتهى.

الثاني: ما تقدم من أنه إذا كانت الإجارة غير مضمونة بل معينة يجوز التقديم والتأخير محله ما إذا شرع في العمل أو تأخر الشروع نحو العشرة الأيام، وإن طال ذلك لم يجز تقديم الأجرة. قال ابن رشد في أول كتاب الجعل والإجارة من البيان: الإجارة على شيء بعينه مثل نسج الغزل وخياطة الثوب على قسمين: مضمونة في ذمة الأجير فلا تجوز إلا بتعجيل الأجر أو الشروع في العمل أو تعجيلهما، ومعينة في عينه فتجوز بتعجيل الأجر وتأخيره على أنه يشرع في العمل، فإن شرع إلى أجل لم يجز النقد إلا عند الشروع في العمل انتهى. وتأخير الشروع إلى يومين لا يضر. قاله في المدونة. أبو الحسن: وإلى عشرة أيام. وانظر كلامه عند قول المؤلف: «وكراء دابة إلى شهر»، ونقل كلام ابن رشد. فعلى هذا إذا كان العمل معيناً على أن لا يشرع في العمل إلا إلى أجل وكان الأجر شيئاً معيناً تفسد هذه الصورة، لأن كون الأجر معيناً يقتضي تقديمه، وكون العمل في عين الأجير إلى أجل يقتضي تأخيره والله أعلم.

الثالث: قال ابن رشد: إن صرح بكون العمل مضموناً كقوله: استأجرتك على كذا في ذمتك إن شئت عملته بيدك أو بغيرك، أو معيناً كاستأجرتك على عمل كذا بنفسك، فلكل منهما حكمه وإن لم يصرح. وظاهر اللفظ أنه مضمون كقوله: أعطيتك كذا على خياطة هذا الثوب، حمل على المضمون اتفاقاً إلا أن يعرف أنه يعمله بيده أو كان عمله مقصوداً لرفقه وأحكامه. وإن كان ظاهره التعيين كاستأجرتك على خياطة هذا الثوب أو على أن تخيطه ولا

كَمَعَ جُعْلٍ، لاَ بَيْعٍ

يقول أنت، ففي حمله على المضمون أو المعين قولان، المشهور أنه يحمل على المضمون أيضاً إلا أن يعلم أنه يعمله بيده أو يكون قصد عمله لرفقه وأحكامه. انتهى.

الرابع: قال ابن عرفة عن ابن فتوح: إن قام من آجر عبده يطلب أجره بعد تمام عمله فأجرته تجري مجرى الحقوق في الفسحة وضرب الأجل، وإذا آجر العبد نفسه أو الحر وطلب ذلك بعد الخدمة قال ابن حبيب: لا ينبغي أن يحملا كالحقوق عند وجوبها ويجب تعجيل أجرهما لقوله عليه الصلاة والسلام: «أعطوا الأجير حقه قبل أن يجف عرقه» إلا أن يؤخر الأجير من استأجره بأجرة سنة ثم يطلب فيحمل محمل الحقوق. انتهى.

الخامس: قال في الذخيرة عن ابن يونس: كره مالك نقد الكراء في السفن لأنها لا تجب إلا بالبلاغ، وجوّزه ابن نافع وقال: له من الكراء بحساب ما قطع. فإن عطب قبل البلاغ وادعيت النقد صدق عليك لأن الأصل عدمه ولا يشهد بعضهم لبعض للتهمة. وقيل: يجوز كما في قطع الطريق. انتهى. **ص: (كمع جعل) ش:** أي وكذلك تفسد الإجارة إذا جمعها مع الجعل. وقاله في أول كتاب الجعل من المدونة.

فرع: لا يجوز اجتماع الإجارة مع السلف. قال في المدونة: وإن دفعت إلى حائك غزلاً ينسج لك ثوباً بعشرة دراهم على أن يسلفك فيه رطلاً من غزل لم يجز لأنه سلف وإجارة انتهى. قال أبو الحسن الصغير: قال ابن يونس: الإجارة بيع من البيوع يحرم فيها ما يحرم من البيع وقد ورد النهي عن بيع وسلف. انتهى. **ص: (لا بيع) ش:** يعني أن الإجارة مع البيع ليست بفاسدة بل يجوز اجتماعها معه، وأطلق رحمه الله في ذلك وفيه تفصيل؛ فإن كانت الإجارة في غير الشيء المبيع فذلك جائز، وإن كانت الإجارة في الشيء المبيع كما لو باع له جلوداً على أن يحذوها البائع نعالاً للمشتري فقال في التوضيح عن ابن عبد السلام: في ذلك قول مشهور بالمنع. خليل: هو قول سحنون. قال في النوادر: وهو خلاف قول ابن القاسم وأشهب. انتهى. وقول سحنون هذا هو الذي في العتبية في آخر سماع سحنون من باب البيع والإجارة ونصه: وسئل عن البيع والإجارة فقال: جائز في غير ذلك الشيء بعينه. قال ابن

الخلاف في الجميع. **(كمع جعل)**. ابن عرفة: الجعل والبيع في عقد واحد اختلف فيه. ابن رشد: لا يجتمع الجعل والإجارة لأن الإجارة لا تنعقد إلا في معلوم والجعل يجوز فيه المجهول، فهما مختلفا الأحكام متى جمعا فسدا. وعن سحنون: إجارة المغارسة مع البيع وهو من هذا المعنى **(لا بيع)** من المدونة: لا بأس باجتماع بيع وإجارة. وقال سحنون: كذلك إلا في المبيع. ابن رشد: قول مالك وابن القاسم أن البيع والإجارة جائز في المبيع وغيره إلا أنه يشترط إذا كانت الإجارة في المبيع أن يكون مما يعرف وجه خروجه كالثوب على أن على البائع خياطته وفيها لا يعرف وجه خروجه إذا أمكنت

....

رشد: هذا معلوم مشهور من مذهب سحنون أن البيع والإجارة في الشيء المبيع عنده لا يجوز على حال، ومذهب ابن القاسم وروايته عن مالك وهو الصحيح إن كان ذلك فيما يعرف وجه خروجه كبيعه ثوباً على أن على البائع خياطته أو قمحاً على أن يطحنه أو فيما لا يعرف وجه خروجه ولكن يمكن إعادته للعمل كبيعه صفراً على أن يعمل البائع منه قدحاً وما أشبه ذلك فذلك جائز، وأما ما لا يعرف وجه خروجه ولا يمكن إعادته للعمل كبيعه غزلاً على أن على البائع نسجه أو الزيتون على أن على البائع عصره أو الزرع على أن على البائع حصاده ودرسه وما أشبه ذلك فلا يجوز باتفاق انتهى. وقاله ابن رشد أيضاً في رسم حلف بطلاق امرأته من سماع ابن القاسم من جامع البيوع. وفي رسم أمهات الأولاد من سماع عيسى من تضمين الصناع: وفي كراء الرواحل من المدونة قريب من ذلك وصرح به في أواخر كتاب التجارة إلى أرض الحرب ونصه: وأما إن ابتعت ثوباً على أن يخيطه لك أو نعلين على أن يحذوهما فلا بأس به، وإن ابتعت منه قمحاً على أن يطحنه لك فاستخفه مالك بعد أن كرهه وكان وجه ذلك عنده معروفاً، وجل قوله فيه التخفيف على وجه لأنه القياس. قال أبو الحسن في شرحه الكبير: فإن هلك الثوب أو القمح قبل خياطته أو قبل طحنه سقط عن المشتري قدر الإجارة وكان ضمان الباقي منه، وهذا إذا كان غير البائع يتولى عمل ذلك كله، وأما إن كان البائع هو الذي يتولى عمله لضمنه لأنه صانع انتهى.

تنبيهات: الأول: قال القباب في باب بيع الغرر: زاد اللخمي فيما لا يعرف وجه خروجه وتمكن إعادته إلا أن يكون اشترى جملة ما يعمل منه فلا يجوز، لأنه كلما أعيد نقص منه فلا يقدر أن يعمل منه إلا دون الأول كالفضة على أن على البائع صياغتها، والصفر على أن يعمل منه أقداحاً وما أشبه ذلك.

الثاني: من البيع والإجارة أن يدفع الإنسان ثوبه لمن يرقعه له أو نعله لمن يشركها فلا يجوز ذلك حتى يريه الجلد والرقعة لأن ذلك مبيع، فلا بد من رؤيته أو ما يقوم مقام الرؤية من الصفة في الشيء الغائب الذي يتعذر الوصول إليه حالة العقد. هذا إذا كان عند الصانع الجلود والرقاع، فإن لم يكن عنده انضاف إلى ذلك بيع ما ليس عنده من غير أجل السلم إلا أن يكون لا يعدم ذلك فلا يحتاج إلى طول الأجل، ويكفي الوصف التام كما في سائر السلم ولا يكتفى بالوصف إلا إذا كان ما يريد أن يعمل منه غير موجود عنده حين العقد ولا يتعذر عليه غالباً لكونه لا يعدمه ويكثر عنده. قاله القباب في الباب المذكور.

الثالث: صورة المسألة أن يشتري منه المبيع بكذا على أن يعمل له فيه كذا أو يعمل له في غيره، وأما لو اشترى المبيع بثمن على حدة ثم استأجره بأجرة أخرى فليس من هذا الباب، لأن المراد أن يجتمعا في عقد واحد وذلك واضح.

وَكَجِلْدٍ لِسَلاَّخٍ،

الرابع: إذا اشترى جبناً أو لحماً بالوزن على أن على البائع أن يقلي ذلك، فذكر سيدي أبو عبد الله بن الحاج في فصل خروج العالم إلى السوق من المدخل أن في ذلك وجوهاً من المنع منها: أنه اشترى منه الدهن الذي يقلى به وهو مجهول، وأنه اشترى منه ما يوقد به تحته وهو مجهول كذلك، وأنه لا يعلم وزنه بعد القلي، وأنه لا يعلم أجرة قليه، وهذان الأخيران لا يضر جهلهما كما يظهر ذلك مما تقدم، وأما الأولان فالمنع بسببهما ظاهر.

الخامس: إذا هلك المبيع قبل أن يعمل العمل المستأجر عليه فيه فقال في الرسم المتقدم في تضمين الصناع: لا ضمان على البائع ويحط عن المشتري بقدر الخياطة والطحن من الثمن إلا أن يكون البائع ممن يعمل تلك الصناعات بنفسه فيسلك به مسلك الصناع في الضمان فيكون عليه قيمة الثوب يوم البيع وهو الصحيح. وقيل: يوم ذهب ويقوم غير معمول ويفض الثمن الذي وقع به البيع على الثوب والعمل فيكون للبائع منه ما ناب الثمن، فإن كان له فضل على القيمة أخذه، وإن كان عليه أداه، وإن قامت على الضياع بينة سقط عنه الضمان وفض الثمن أيضاً على الثوب والعمل فلا يكون للبائع منه إلا ما ناب الثوب. انتهى بالمعنى. وقال الشيخ أبو الحسن في شرحه الكبير إثر كلام المدونة السابق: فإن هلك الثوب أو القمح قبل خياطته أو قبل طحنه سقط عن المشتري قدر الإجارة وكان ضمان الباقي منه. وهذا إذا كان غير البائع يتولى عمل ذلك، وأما لو كان البائع هو الذي يتولى عمله لضمنه لأنه صانع انتهى. وفهم من هذا أنه لو ضاع بعد العمل لم يحط عن المشتري شيء من الثمن، ويفصل فيه بين أن يكون البائع هو الصانع أو غيره على ما تقدم.

السادس: لو اختلفا في الضياع هل هو قبل العمل أو بعده، لم أر فيه نصاً، والظاهر أن القول قول المشتري فتأمله.

السابع: علم من هذا أن البيع والإجارة يجوز اجتماعهما ولو كان البائع لا يتولى العمل المستأجر عليه بنفسه والله أعلم. وهذه التفريعات كلها إنما هي على المشهور من جواز اجتماعهما، وقد حكى اللخمي عن القاضي قولاً بالمنع والله أعلم.

الثامن: البيع والكراء كالبيع والإجارة يجوز اجتماعهما في عقد واحد. صرح به في المدونة في أول كراء الرواحل وغيره. ص: **(وكجلد لسلاخ)** ش: هو كقول ابن الحاجب:

إعادته كالصقر على أن يعمله البائع قدحاً. **(وكجلد لسلاخ ونخالة لطحان)** من المدونة: لا تجوز الإجارة على سلخ شاة بشيء من لحمها. ابن شاس: لو استأجر السلاخ بالجلد والطحان بالنخالة لم يجز. ابن عرفة: الجلد جاز على ما تقدم بيعه والنخالة تجري على حكم الدقيق، وقد قال في المدونة: تجوز الإجارة على طحن أردب حنطة بدرهم وقفيز من دقيقه لأن مالكاً قال: ما جاز بيعه جازت

أَوْ نَخَالَةَ لِطَحَّان، وَجُزْءِ ثَوْب لِنَسَّاج،

«ولو استأجر السلاخ بالجلد لم يجز». قال ابن عبد السلام: وظاهر كلامه أنه لا فرق بين أن تكون الشاة حية أو مذبوحة وهو كذلك، ولعله إنما منع من ذلك لأنه لا يستحقه السلاخ عنده إلا بعد السلخ، ولا يدري كيف يخرج هل يخرج سليماً من القطع أم لا، وفي أي جهة يكون القطع. انتهى ونقله في التوضيح. وأتى المصنف بالكاف ليدخل اللحم. قال في أوائل كتاب الجعل والإجارة من المدونة: ولا يجوز الاستئجار على سلخ شاة بشيء من لحمها انتهى. وانظر لو استأجره برأس الشاة أو بالأكارع هل يجوز أم لا؟ والظاهر أنه إن استؤجر على الذبح فقط أو عليه وعلى السلخ فلا يجوز لأنه لا يدري هل تصح ذكاتها أم لا، وأما إن استأجره على السلخ وحده بعد الذبح فذلك جائز لأنه لا غرر فيه فتأمله والله أعلم.

تنبيه: قال في التوضيح: خليل: قد تقدم في بيع الجلود على ظهور الخرفان في البيوع ستة أقوال، فينبغي أن تأتي هنا اهـ. وجزم به ابن عرفة كما سيأتي. **ص: (ونخالة لطحان) ش:** قال ابن عبد السلام: للجهل بقدرها لأنه كالجزاف غير المرئي، ولو استأجره بصياع من النخالة بأن يقول له: اطحنه ولك صاع من نخالته فيحتمل أن يتخرج على القولين في الإجارة على الطحن بصاع من الدقيق، ويحتمل الجواز على القولين لاختلاف صفة الدقيق دون النخالة غالباً والنفس أميل إلى المساواة بالدقيق لأن من الطحن ما تخرج نخالته كثيرة الأجزاء ومنه ما لا تخرج كذلك. انتهى ونقله الشيخ في التوضيح. وقال ابن عرفة: ابن شاس: لو استأجر السلاخ بالجلد والطحان بالنخالة لم تجز. قلت: الجلد جارٍ على ما تقدم في بيعه، والنخالة تجري على حكم الدقيق انتهى. ونقل ابن غازي كلام ابن عرفة بلفظ: النخالة تجري على الخلاف في الدقيق. وعبارته أصح وأحسن لإيهام العبارة الثانية أن الخلاف في كل من صورتي النخالة .أعني صورة الجزاف وصورة المكيل. فتأمله. والمشهور في مسألة الدقيق جواز الاستئجار بصاع منه كما سيأتي، فتجوز الإجارة بصاع من النخالة، وإذا علم هذا ففي قول صاحب الشامل: «وجاز طحن بجزء من دقيقه على الأصح لا بالنخالة أو صاع منها وجاز بدرهم وصاع منها» نظر من وجهين ظاهرين. أحدهما: أنه قد علم أن الاستئجار بصاع منها جائز، أما على القولين اللذين في الدقيق أو على المشهور منهما.

الثاني: قوله: «وجاز بدرهم وصاع منها» يناقض قوله الأول وهذا ظاهر والله أعلم. **ص: (وجزء ثوب لنساج) ش:** يعني أن الإجارة تفسد إذا جعل أجرة النساج جزء الثوب الذي ينسجه للجهل، وكذلك جزء جلد أو جلود لدباغ. قال في كتاب الجعل والإجارة من المدونة:

الإجارة به. البرزلي: ونظير ذلك دخول المعصرة بالفيتور ولا يجوز إلا أن يكون قدراً معلوماً. **(وجزء ثوب لنساج)** من المدونة: إن آجرته على دبغ جلود أو عملها أو نسج ثوب على أن له نصف ذلك إذا فرغ لم يجز. قال ابن القاسم: لأنه لا يدري كيف يخرج ولأن مالكاً قال: ما لا يجوز بيعه لا يجوز

....

ولا يجوز أن تؤاجره على دبغ جلود أو عملها أو ينسج ثوباً على أن له نصف ذلك إذا فرغ، لأنه لا يدري كيف يخرج ذلك، ولأن ما لا يجوز أن يؤاجر به انتهى. فهذا مجهول وقال عليه الصلاة السلام: «من استأجر أجيراً فليعلمه بأجرة» وقال في حديث آخر: «فليؤاجره بشيء معلوم». وفهم من قول المؤلف: «جزء ثوب» أنه لو استأجره بجزء من الغزل أو بجزء الجلد أو الجلود قبل الدباغ أن ذلك جائز، وهو كذلك إذا شرط عليه تعجيل ذلك أو يكون العرف وإلا فسدت الإجارة. وكذلك لو دفع له نصف الجلود ونصف الغزل من الآن وشرط عليه نسج الجميع أو دبغ الجميع ثم يأخذ جزأه فلا يجوز للتحجير، فإن أعطاه الغزل على جزء ولم يبين هل من الثوب أو من الغزل فقال ابن حبيب: يجوز. قال المصنف في التوضيح: أصل ابن القاسم المنع وجزم به في الشامل فقال: فلو دخل على جزء غير معين منع خلافاً لابن حبيب.

تنبيهات: الأول: قال اللخمي في الجعل والإجارة وإن قال: ادبغ نصف هذه المائة بنصفها وشرطا نقد النصف جاز إذا كانت تعتدل في القسم والعدد أو تتقارب، وإن تباين اختلافهما لم يجز من أجل الجهل بما يدبغ لأنه لا يدري هل يدبغ ستين أو أربعين، وليس يفسد من أجل الجهل بما يصير للعامل في أجرته لأنه شراء نصفها على الشياع جائز وإن لم يعتدل في القسم انتهى.

الثاني: منه: فإن لم يفسخ قال في هذه الصورة: حتى قاسمه ودبغ جميعها كان له النصف الذي أخذه أجرة بقيمته يوم قبضه بعد المقاسمة وله إجارة المثل في النصف الآخر انتهى. وكذا لو فات النصف الذي أخذه أجرة بغير الدبغ للزمه قيمته يوم قبضه، ولو كان النصف قائماً لرده وكان له أجرة مثله وهذا بين والله أعلم.

أن يستأجر به. ثم نقل ابن يونس: ولو دفع إليه نصف الجلد قبل الدباغ على أن يدبغها مجتمعة فأفاتها بالدباغ فإن له نصفها بالقيمة يوم قبضها وله أجر عمله في نصفها من ترجمته في الإجارة والسلف. قال ابن المواز: قال مالك: إلا إن قال لك نصف الغزل على أن تنسج لي نصفه فإنه يجوز. قال مالك: ولا يشتري ثوباً بقي منه ذراع على أن يتمه لك. ابن المواز: وإن شرط على أن يأتي بمثل صفته لأنه بيع شيء بعينه بضمان، وإن دفع إليك نصف هذا الغزل على أن تنسج له النصف الآخر ثوباً وانعقد ذلك ثم تشاركا فيه فنسجه كله مشاعاً فذلك جائز. فإن لم يكن مع ذلك زيادة دراهم أو شيء فيصير شركة وإجارة، ولا يجوز مع الشركة بيع أو شرط زيادة أو منفعة. ابن عرفة: في الشركة بغزلين على نسجهما معها نظر، لأنه بيع نصف غزله بشرط نسجه. وحكى الصقلي رواية محمد بإجازته ما لم يزد أحدهما صاحبه شيئاً. ومن ابن سلمون: أشهد فلان وفلان أنهما شريكان على السواء في كذا وكذا رأساً من الغنم، ما أفاد الله فيها من فائدة بينهما وهي على يد فلان منهما يرعاها وأجره في ذلك كذا. ابن حبيب: وإذا قال له: اطحن لي هذا القمح ولك نصفه أو حك لي هذا الغزل ولك

....

الثالث: قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: ولو استأجر السلاخ بالجلد والنساج بجزء من الثوب والطحان بالنخالة لم يجز، فإن وقعت المسألة على ما قاله المصنف فقال أصبغ: له أجرة مثله والثوب والجلود لربها. ابن عبد السلام: يريد أصبغ لأنه لم يجعل له النصف إلا بعد الفراغ من العمل، فعلى هذا إن فاتت الجلود بيد الصانع بعد الدبغ فله نصفها بقيمتها يوم خرجت من الدباغ ولربها النصف الآخر وعليه أجرة المثل في دباغ الجميع، ولو دفع إليه نصف الجلود قبل الدبغ على أن يدبغها مجتمعة فأفاتها بالدباغ فله نصفها بقيمتها يوم قبضها، وله أجرة عمله في نصفها للتحجير في نصف الدابغ وهذا بين. وأشار بعضهم إلى أنه يختلف في ضمان الصانع لنصفها في هذا الوجه الأخير إذا شرع في دباغها، ويختلف في فواتها بالشروع لأن قبضه ليس قبضاً حقيقياً لأنه غير متمكن من الانتفاع بما قبضه.

الرابع: قال اللخمي: في الوجه الأول. أعني إذا قاله له: ادفع المائة على أن لك نصفها بعد الدفع إن شرع في العمل من التمادي حتى يفرغ، وكذلك النسج إن شرط أن ينسج له غزلاً بنصفه فأخذ في النسج مكن من التمادي لأن في نزعها عليه حينئذ مضرة. واعترضه ابن عرفة وقال: هذا خلاف قول أهل المذهب في المساقاة الفاسدة أن ما يرد منها لإجارة المثل يفسخ ولو بعد العمل بخلاف ما يرد لمساقاة المثل. وما قال ابن عرفة هو الظاهر فقد قال اللخمي في باب المساقاة بعد أن ذكر مسائل يرجع فيها إلى أجرة المثل: وأخرى يرجع فيها إلى مساقاة المثل وهكذا الجواب في كل موضع يرجع فيه إلى أجرة المثل فإنه يعطي العامل أجرة عن الماضي ولا يمكن من التمادي، وكل موضع يرجع فيه إلى مساقاة المثل لا ينزع منه بعد العمل حتى يتم ما دخل فيه، وعلله بأنه مساقاة المثل العوض فيها من الثمرة، فلو فسخت ذهب عمله باطلاً، وفي الإجارة العوض في الذمة لا يذهب عمله باطلاً. وذكر ابن عرفة كلامه هذا في

نصفه، فإن قال بعد فراغه لم يجز، وإن قال: فلك نصفه قمحاً أو غزلاً فجائز، وإن وقع ذلك مبهماً فهو على الأمر الجائز حتى يصرح بقوله دقيقاً أو ثوباً. وكذلك في عصر الزيتون والسمسم وحصاد الزرع بنصفه فحمله على الجائز أن له ذلك قبل العصر والحصاد حتى يصرح فيقول بعد عصره أو حصاده فلا يجوز. انتهى نص ابن يونس. وقال في موضع آخر: لو قلت احمل طعامي إلى موضع كذا ولك نصفه لم يجز إلا أن تنقده الآن مكانك، وإن أخرته إلى الموضع الذي تحمله إليه لم يجز لأنه بيع شيء بعينه على أن يتأخر قبضه إلى أجل. ابن يونس: وإذا وقع الأمر مبهماً فهو فاسد على قول ابن القاسم، وجائز على مذهب ابن حبيب وأشهب انتهى. وانظر لو قال في مسألة الجلود ادبغ هذه الجلود بنصفها وشرطا نقد النصف، نص ابن رشد أن ذلك مثل نسج الغزل بجزء منه قال: فلا يجوز ذلك لأنه لا يعرف وجه خروج الثوب من النسج ولا وجه خروج الجلد من الدباغ قال: وأصل هذا. أن كل ما كان من العمل اشتراطه في الشيء المبيع يجوز الاستئجار عليه بالجزء منه. انتهى من

أَوْ رَضِيعٍ، وَإِنْ مِنَ الآنَ،

آخر المساقاة، وذكره أيضاً عن عبد الحق عن غير واحد من شيوخ صقلية، وزاد مع المساقاة القراض قال: وذكره ابن رشد غير معزوّ وكأنه المذهب وكذا عياض، وقيد الفوات بعمل له بال فتأمله والله أعلم. ص: **(أو رضيع وإن من الآن)** ش: يعني أن الإجارة تفسد أيضاً فيما إذا استأجر من يرضع صبياً بجزء منه. وقوله: «وإن من الآن» مبالغة في هذه المسألة فقط دون ما قبلها ويعني به أن الإجارة فاسدة، سواء شرط أخذ الجزء المستأجر به بعد تمام مدة الرضاع أو شرط أخذه الآن. أما الأول فظاهر لأنه معين يتأخر قبضه وهو شامل لوجهين أيضاً: الأول: أن يشترط أخذه بعد المدة ويكون فيها على ملك ربه. الثاني: أن يشترط أخذه بعد المدة لكنه على ملك المستأجر كما تقدم في مسألة الجلود والغزل. وأما الوجه الثاني وهو ما إذا شرط أخذ الجزء المستأجر به من الآن فيتبادر جوازها كما في مسألة الجلود والغزل، وعلله ابن عبد السلام بأن الصبي لما كان مما يتعين ولو تعذر تعليمه بموت أو غير ذلك لم يلزم ربه خلفه صار نقد الأجرة فيه كالنقد في الأمور المحتملة بشرط، وعلى هذا التقدير فسواء كانت الأجرة جزءاً منه أو غير ذلك انتهى. وتصور كلام المصنف من الشرح والحاشية ظاهر.

تنبيه: ذكر ابن أبي زيد رحمه الله في مسألة التعليم التي جعلها المصنف وابن عرفة مساوية لهذه أنه إذا وقع وشرط قبض نصفه بعد السنة فسخ، فإن فات وعلمه سنة ولم يفت العبد فله قيمة تعليمه والعبد لسيده، وإن فات بعد السنة بيد المعلم فالعبد بينهما وعلى ربه قيمة تعليمه وعلى المعلم نصف قيمته يوم تمام السنة معلماً، وإن شرط قبضه الآن وفات بيد

رسم أسلم من سماع عيسى من الجعل والإجارة. اللخمي: إن ذلك يجوز بشرط أن تكون الجلود تعتدل في القسم والعدد أو تتقارب، وإن تباين اختلافها لم يجز انتهى. فانظر على هذا بالنسبة إذا قال له اعمل لي فحماً بنصف المعمول منه وشرطا النقد ولا شك أن الفحم يعتدل في القسم وبيع نصف ما يعمل منه الفحم جائز، وما جاز بيعه جازت الإجارة به. فانظر أنت في ذلك، وانظره مع ما يأتي قبل قوله وكإن خطته اليوم فمقتضاه إن لم يمكنه أن يجيز حصته قبل العمل أنه لا يجوز، هكذا هو في الفحم لا يقدر على حصته قبل العمل. وانظر أيضاً قد أجاز في الموطأ مساقاة ما حل بيعه. قال سحنون: فهي إجارة. ابن يونس: لأن ما جاز بيعه جازت الإجارة به. انظر عند قوله: «لم يحل بيعه» وعند قوله: «كاحصدوا درس» وقد قال في المدونة: من باع من رجل نصف ثوب أو نصف دابة أو غيرهما على أن يبيع له النصف الآخر بالبلد جاز إن ضر بالبيع ذلك أجلاً ما خلا الطعام فإنه لا يجوز، فإن باع ذلك في نصف الأجل فله الأجل ولم يقدر على بيع ذلك فله الأجر كاملاً.

(أو رضيع وإن من الآن). ابن الحاجب: لو أرضعت بجزء من الرضيع الرقيق بعد الفطام لم يجز. ابن عرفة: لا أعرف هذه المسألة بشخصها إلا للغزالي وهي مثل ما في المدونة: من استأجرته على تعليم عبدك الكتاب سنة وله نصفه لم يجز إذ لا يقدر على قبض ماله فيه قبل السنة وقد يموت العبد

وَبِمَا سَقَطَ، أَوْ خَرَجَ فِي نَفْضِ زَيْتُون، أَوْ عَصْرِهِ،

المعلم بعد تمام السنة فله نصف قيمة تعليمه وعليه نصف قيمة العبد يوم قبضه ويكون بينهما والله أعلم ص: **(وبما سقط أو خرج من نفض زيتون أو عصره) ش:** أي وكذا تفسد الإجارة إذا استأجره على نفض الزيتون بما يسقط منه أي بجزء مما يسقط. وعلى عصره بما خرج منه من الزيت أي بجزء مما يخرج منه للجهل بقدر ما يسقط وما يخرج من العصر ولو في شيء منه وكيف يخرج. قاله في المدونة. قال: ولأنه لا يقدر على الترك إذا شرع. ونص كلامه في آخر كتاب الجعل والإجارة: وإن قال له: انفض شجري أو حركها فما نفضت أو سقط فلك نصفه لم يجز، لأنه مجهول. وإن قال: اعصر زيتوني أو جلجلاني فما عصرت فلك نصفه لم يجز، لأنه لا يدري كم يخرج ولا كيف يخرج وإذاً لا يقدر على الترك إذا شرع وليس هكذا الجعل والحصاد يدعه متى شاء إذا قال: فما حصدت من شيء فلك نصفه انتهى. فقد بين وجه عدم جواز عصر الزيتون بجزء مما يخرج منه، وأما وجه عدم جواز النفض والتحريك فقال الشيخ أبو الحسن عن القاضي إسماعيل: لأن الشجر يختلف، فمنه ما هو ناجح يقل ما يسقط منه، ومنه ما هو بخلافه انتهى. فلا يصح ذلك إجارة ولا جعلاً للجهل المذكور بخلاف مسألة الحصاد الآتية في قول المصنف: «فما حصدت فلك نصفه» فإنه يقدر على الترك متى شاء وما يحصده فله نصفه فهو معلوم، ومثل الحصاد اللقط. قال في المدونة: وإن قال له: فما حصدت أو لقطت فلك نصفه جاز وله الترك متى شاء لأنه جعل، وكذلك الجداد إذا قال له: جد من نخلي ما شئت فما جددت فلك نصفه. صرح به ابن رشد في أوائل كتاب الجعل. والفرق بين الحصاد والجداد واللقط وبين النفض والعصر، أن الحصاد والجداد واللقط من مقدوره ولا مانع له إلا الكسل، وكلما أراد أن يقطع عرجوناً أو يحصد موضعاً أو يلقط شيئاً علم أن له نصف ذلك قبل عمله بخلاف النفض والتحريك فإنه غير منوط بمقدوره فهو يعمل العمل ولا يدري هل يسقط شيء أم لا، وهل يقدر أو يترك وكذلك العصر فتأمله.

فيها فيذهب عمله باطلاً. قال أبو محمد: وكذلك لو كان الشرط فيه أن يقبض المعلم نصفه الآن على أن يعلمه سنة لم يجز. ومن المدونة: لا يجوز تعليم العبد صنعة سنة بنصفه **(وبما سقط أو خرج في نفض زيتون أو عصره)** من المدونة: من قال لرجل احصد زرعي هذا ولك نصفه، أو جد نخلتي هذه ولك نصفها، جاز وليس له تركه لأنها إجارة. وكذلك لقط الزيتون وهو كبيع نصفه. وإن قال: فما حصدت أو لقطت فلك نصفه جاز، وله الترك متى شاء لأنها جعل. وإن قال: احصد اليوم والتقط اليوم فما اجتمع فلك نصفه فلا خير فيه إذ لا يجوز بيع ما يحصد اليوم فلا أجيزه ثمناً مع ضرب الأجل في الجعل إلا أن يكون اشترط أن يترك متى شاء فيجوز. ابن يونس: وإن قال: انفضه كله ولك نصفه لجاز، وإن قال له: انفض شجري أو حركها فما نفضت أو لقطت فلك نصفه لم يجز لأنه مجهول. ابن يونس: وهي إجارة فكأنه عمل بما لا يدري ما هو بخلاف اللقط لو قال فيما لقطت أو

وَكَاحْصُدْ. وَادْرُسْ، وَلَكَ نِصْفُهُ،

تنبيهات: الأول: قال أبو الحسن عن ابن القصار: ومعنى التحريك هنا النفض باليد، وأما بالقضيب فهو كالحصد قال: وهذا بعيد لأن النفض باليد غير معتاد انتهى. ونقله في التوضيح. قال في التوضيح بعد ذكره مسألة النفض: ابن يونس: لو قال: انفضه كله ولك نصفه جاز انتهى. وكلامه يوهم أنه تقييد لقول ابن القاسم وكلام ابن عرفة يفهم أنه إنما نقله عن ابن حبيب وأن ابن القاسم يخالفه فتأمله والله أعلم.

الثاني: إذا وقع شيء من هذه الوجوه الفاسدة وأتم العمل على ما قالا فللعامل أجرة مثله وجميع الزرع لربه، فإن قسما على ما قالا فما أخذه العامل حرام، وما أخذه رب الزرع فلا يحرم عليه لأن الزرع جميعه له، ذكر ذلك الشيخ أبو الحسن الصغير ويأتي ما يشبه ذلك في كراء الأرض بالطعام.

الثالث: ما يسقط من التمر بين الكرانيف والسعف يسمى الجلالة، لا يجوز الاستئجار عليه بجزء منه إذ لا يحاط بقدره لاختفائه بين الكرانيف. قاله في رسم قطع الشجرة من سماع ابن القاسم من الإجارة. ص: (**كاحصد وادرس ولك نصفه**) ش: قال في المدونة: وإن قال: احصده وادرسه ولك نصفه لم يجز لأنه استأجره بنصف ما يخرج من الحب وهو لا يدري كم يخرج ولا كيف يخرج، وكذلك لو بعته زرعه جزافاً وقد يبس على أن عليك حصاده

حصدت فلك نصفه لجاز وله الترك متى شاء. وإن قال: اعصر زيتوني أو جلجلاني فما عصرت فلك نصفه لم يجز إذ لا يدري كيف يخرج وإذ لا يقدر على الترك إذا شرع، وليس هكذا الجعل والحصاد يدعه متى شاء إذا قال فما حصدت من شيء فلك نصفه. وأما قوله: «احصده ولك نصفه» فتلك أجرة لازمة. وإن قال: احصده وادرسه ولك نصفه لم يجز لأنه استأجره بنصف ما يخرج من الحب فهو لا يدري كم يخرج ولا كيف يخرج، ولأنك بعته زرعاً جزافاً قد يبس على أن عليك حصاده ودرسه وذريه لم يجز لأنه اشترى حباً جزافاً لم يعاين جملته. ولو قال على أن لكل قفيز بدرهم جاز، لأنه معلوم بالكيل وهو يصل إلى صفة القمح بفرك سنبله، وإن تأخر في درسه إلى نصف شهر فهو قريب وليس ذلك كحنطة في بيتك، تلك لا بد فيها من صفة أو عيان، وهذا معين. انظر قوله: «فما لقطت فرضها» ابن رشد قال: لكون أولها أسهل من آخرها بعد أن ذكر أن ما جاز بيعه جازت الإجارة به إلا ما جددت من نخلي فلك نصفه وما قبضت من ديني فلك نصفه وما حصدت من زرعي فلك نصفه، فذكر هذا مسلماً ثم ردّد النظر في مسألة اللقط ثالث مسألة من سماع ابن القاسم. (**كاحصد وادرس ولك نصفه**) تقدم نص المدونة أن قوله: «احصده ولك نصفه جائز». فإن قال: احصده وادرسه ولك نصفه فإنه لا يجوز. قال عياض: والآتي على أصولهم في: «احصده ولك نصفه» أنه وجب له بالعقد قال: ألا تراهم كيف جعلوا ما هلك قبل حصاده وبعد حصاده من الأجير فهو يحصد النصف له والنصف الآخر لنفسه وسمع القرينان: إن قال من حل بيع زرعه لرجل احصده

وَكِرَاءِ أَرْضٍ بِطَعَامٍ أَوْ بِمَا يُنْبِتُهُ

ودرسه وذريه لم يجز لأنه اشترى حباً جزافاً لم يعاينه. ولو قال: على أن كل قفيز بدرهم جاز لأنه معلوم بالكيل وهو يصل إلى صفة القمح بفرك سنبله، وإن تأخر درسه إلى مثل عشرة أيام أو خمسة عشر يوماً فهو قريب. وقال قبله: ومن قال لرجل: احصد زرعي هذا ولك نصفه أو جد نخلتي هذه ولك نصفها جاز، وليس له تركها لأنها إجارة وكذلك لقط الزيتون. انتهى. أي إذا قال له: القط زيتوني ولك نصفه قال أبو الحسن عن الأمهات: فحين يحصده وجب له نصفه. عياض: ظاهر هذا أنه إنما يجب له بعد الحصاد، والذي يأتي على أصولهم أنه وجب له بالعقد. ألا تراهم جعلوا ما هلك قبل حصاده وبعده من الأجير؟ قال الرجراجي: هذا هو المشهور. وقال في التوضيح: ابن حبيب: والعمل في تهذيبه بينهما. ابن يونس: يريد ولو شرط في الزرع قسمته حباً لم يجز وإن كان إنما يجب له بالحصاد فجائز، وكذلك في كتاب ابن سحنون. عبد الحق: ولا يجوز قسمه قتاً ويدخله التفاضل وفي هذا خلاف في الربويات وغيرها. واعترض منع قسمته حباً بأنه شرط يوافق مقتضى العقد لأن الأجير لا يستحقه إلا بعد عمله وحينئذ لا يتمكن من أخذ نصيبه إلا مهذباً. وأجيب بمنع أنه لا يملكه إلا بعد الحصاد فقد قال ابن القاسم: إذا تلف قبل أن يحصده أو بعد أن حصد بعضه هو منهما وعليه أن يستعمله في مثله أو مثل ما بقي منه وخالف في ذلك سحنون. انتهى بالمعنى واللفظ. فقد ظهر الفرق بين هذه المسألة الممنوعة والمسألة الجائزة الآتية في قوله: «واحصد هذا ولك نصفه» بأن هنا لما استأجره على حصاده ودرسه فكأنه استأجره بالحب وذلك لا يجوز، وفي المسألة

وادرسه على النصف فلا بأس به. الصقلي: هذا نحو قول ابن حبيب. ابن رشد: وهذا خلاف المدونة، وجواز ذلك أظهر لأن نصف الزرع يجب له بالعقد كما لو استأجره على ذلك بعين. ومن ابن يونس قال ابن القاسم في الرجل له شجرة تين طابت فيعطيها لمن يحرسها ويجنيها وله جزء منها نصف أو ثلث: إنه لا بأس به إذ لا بأس أن يكري نفسه بما يحل بيعه. وفي الموطأ: مساقاة ما حل بيعه كالإجارة. سحنون: وهي جائزة. ابن يونس: كجواز بيع نصفه ولأن ما جاز بيعه جازت الإجارة به **(وكراء الأرض بطعام أو بما تنبته)** من المدونة قال مالك: لا يجوز كراء الأرض بشيء مما تنبت قل أو كثر، ولا بطعام تنبت مثله أو لا تنبته ولا بما تنبته من غير الطعام من قطن أو كتان أو إصطبة إذ قد يزرع فيها ذلك فتصير محاقلة، ولا بقصب أو قرط أو تبن أو علف، ولا بلبن محلوب أو في ضروعه، ولا بجبن أو عسل أو سمن أو تمر أو خبز أو ملح، ولا بسائر الأشربة والأنبذة، وإذا خيف في اكترائها ببعض ما تنبت من الطعام أن يدخله طعام بمثله إلى أجل خيف في اكترائها بطعام لا تنبته أن يكون طعاماً بطعام خلافه إلى أجل، ولا تكرى بالفلفل ولا بزيت زريعة الكتان ولا بزيت الجلجلان ولا بالسمك، ولا بطير الماء الذي هو للسكين، ولا بشاة لحم لأن هذا من الطعام، ولا بزعفران لأنه مما تنبت، ولا بطيب يشبه الزعفران يريد مما تنبت الأرض، ولا بعصفر، وعلى منعها بالكتان قال محمد:

إلاَّ كَخَشَب،

الأخرى إنما استأجره بنصف الزرع القائم الذي يحصده وذلك صحيح والله أعلم. ص: (إلا كخشب) ش: قال في المدونة: لا يجوز كراؤها بشيء مما تنبت ولو كان من غير الطعام من قطن أو كتاب أو إصطبة وهي المشاق أو قصب أو قرط أو تبن أو علف، ولا بزعفران ولا بطيب يشبهه ولا بعصفر ولا بطعام ولو لم تنبته، فلا يجوز بلبن محلوب أو في ضروعه أو بجبن أو عسل أو بسمن أو تمر أو صير وهي نوع من الحيتان تملح أو بشيء من الأنبذة والأشربة أو بفلفل أو بزيت الكتاب أو الجلجلان أو بسمك أو بطير الماء الذي هو للسكين أو بشاة اللحم. أبو الحسن: يعني العلوف أو الشارف. وقوله: «الأشربة» يعني التي تشرب لا التي يتداوى بها إلا أن تكون طعاماً. ثم قال في المدونة: ولا بأس بكرائها بالعود والصندل والحطب والجذوع وبالعين انتهى. وقال ابن عرفة: ولا بأس بكرائها بالماء. قلت: ولا يتخرج منعها به على أنه طعام لأنه قول ابن نافع وهو يجيزه بالطعام غير الحنطة وجنسها. قال: وجعل ابن الحاجب وابن شاس القصب كالجذوع وقبله. ابن هارون: لا أعرفه بل قولها: لا يجوز كراؤها بالقصب انتهى. وقال في التوضيح: هو بفتح بالصاد المهملة. ونقل الجواز عن صاحب التلقين، وإذا كان كذلك فيرد إنكار ابن عرفة، وأما ما ذكره عن المدونة فإنما هو القضب بالضاد المعجمة كذا رأيته في نسخة مصححة، وبدليل ذكره له مع القرط والتبن والعلف ولعله ظن كلام ابن الحاج أنه كذلك.

تنبيهات: الأول: قال ابن ناجي: ابن عرفة: قول اللخمي يجوز كراؤها بالمصطكي نص في أنها غير طعام.

الثاني: شدد سحنون فقال: من أكراها بما يخرج منها فذلك جرحة، وتأوله أبو محمد على من كان عالماً أنه لا يجوز وهو مذهبه أو قلد من مذهبه المنع. سحنون: ولا يأكل طعامه ولا يشترى منه ذلك الطعام الذي أخذه في كرائها، وتأوله ابن رشد على أنه من الورع.

الثالث: إذا وقع ذلك فإنما له كراؤها بالدراهم. وذكر الشيخ أبو محمد أن عيسى بن مسكين وغيره من قضاة أصحابنا بإفريقية حكموا بأن يعطى له قيمة الجزء الذي يقع له من ثلث أو ربع دراهم، لأنه لا يعرف لها بالمغرب قيمة كراء بالعين، ولم يعتبروا قيمة كرائها يوم العقد لأنه لا كراء على المكتري في الأرض إذا لم يصب فيها شيئاً. ابن عرفة عن المتيطي: قال بعض الموثقين: أرض الأندلس عندي بخلاف ذلك الكراء فيها معروف فيجب أن يقضى فيها بكراء المثل. قلت: وكذا الأمر عندنا في أرض تونس وفي قولهم: «ينظر إلى ما يقع له من ذلك الجزء ربع أو ثلث دراهم» نظر، لأن ظاهر البناء على ما دخلا عليه من الجزء وهو عقد فاسد

قد تجوز بثيابه (إلا كخشب) من المدونة قال مالك: ولا بأس بكراء الأرض يريد بالعود يريد الهندي

وَحَمْلِ طَعَام لِبَلَد بِنِصْفِهِ، إِلاَّ أَنْ يَقْبِضَهُ الآنَ،

فيجب لغو ما دخلا عليه، وينظر إلى قيمتها بالجزءان لو جاز فيها، ثم ينظر إلى قيمة ذلك الجزء انتهى. وما قاله ظاهر لا شك فيه ولا يعدل عنه والله أعلم.

الرابع: قال في آخر الجامع من الجواهر لما تكلم على الزرع: كره مالك شراء طعام من مكتري الأرض بالحنطة، هذا ومذهبه أن الطعام كله له وإنما عليه كراء الأرض عيناً. انتهى. وهذا والله أعلم إذا لم يتب ويصلح ما وقع له على الوجه الشرعي، وأما لو فعل ذلك فلا يظهر للتوقف حينئذ وجه، وقد ذكر الشيخ أبو الحسن الصغير في أواخر الشفعة أنه يقوم من مسألة الأخذ بالشفعة ممن اشترى بدراهم مغصوبة جواز شراء ما يحصل بالمعاملة الفاسدة قبل أن يصلحا شأنهما. قال: فعلى هذا يجوز شراء مكتري الأرض بالطعام قبل أن يصلح شأنه مع ربها، فالكلام الأول على التنزه وما هو الأولى والله أعلم.

الخامس: قال فيها: ومن أكرى أرضه بدنانير مؤجلة فحلت فلا يأخذ بها طعاماً ولا إداماً وليأخذ ما يجوز أن يبتدئا به كراءها والله أعلم.

السادس: يجوز كراء الأرض بشجر بأصولها يأخذها من المكتري إن لم يكن فيها ثمر، فإن كان فيها ثمر لم يجز. قاله في المدونة.

السابع: قال فيها: ويجوز بيع رقبة الأرض بشجر فيها ثمر كما تباع بطعام عاجل وآجل انتهى. وقال في النوادر بعد أن ذكر منع كراء الأرض بما يؤكل أو يشرب من الأشربة وبما يخرج من الأرض ما نصه: ولا بأس بشرائها بذلك كله ما لم يكن فيه يومئذ طعام انتهى. كذا في النسخة، وصوابه: «ما لم يكن فيه يومئذ طعام» ثم قال في النوادر: ولا بأس أن تكتري بئراً إلى جانب أرضك لتسقيها بمائها بما شئت من الطعام انتهى. وقد تقدم أن الماء غير ربوي وأنه يجوز بيعه بطعام إلى أجل كما صرح به في السلم الثالث من المدونة.

الثامن: قال اللخمي: يجوز كراؤها بثياب القطن والكتان لأن الصنعة غيرتها والله أعلم.

ص: (وحمل طعام لبلد بنصفه إلا أن يقبضه الآن) ش: أي إلا أن يشترط أن يقبض نصفه الآن. قال في كتاب الجعل والإجارة من المدونة: ولا يجوز أن يحمل لك طعاماً إلى بلد كذا

وبالسندل والحطب والخشب والجذوع قال سحنون: لأن هذه الأشياء يطول مكثها ووقتها فلذلك سهل فيها وإن كانت تنبتها الأرض. اللخمي: ويجوز بالحلفاء والحشيش والمصطكي. **(وحمل طعام لبلد بنصفه إلا أن يقبضه الآن)** تقدم نص المدونة: لو قلت: احمل طعاماً إلى موضع كذا ولك نصفه لم يجز إلا أن تنقده الآن مكانك. انظره قبل قوله: «أو رضيع»، وانظر مسألة أخرى في المدونة قال ابن القاسم: إن أجرت فلاناً على حمل طعام بينكما إلى بلد يبيعه بها على أن عليك كراء حصتك وسميت ذلك، فإن شرطت أن لا تميز حصته منه قبل الوصول إلى البلد لم يجز، وإن كان على أنه

وَكَإِنْ خِطْتَهُ الْيَوْمِ بِكَذَا، وَإِلاَّ فَبِكَذَا،

بنصفه إلا أن تنقده نصفه مكانك لأنه شيء بعينه بيع على أن يتأخر قبضه إلى أجل انتهى. قال أبو الحسن: هذا بالشرط، ولو اشترط أن ينقده فلا إشكال في المنع، وإن وقع الأمر مبهماً فعلى مذهب ابن القاسم هو على الفساد حتى يشترط قبض نصفه الآن، وعلى مذهب أشهب وابن حبيب وسحنون هو جائز حتى يشترط أن لا يقبضه إلا بعد البلاغ، ونحوه في ابن يونس.

تنبيهان: الأول: قال في كتاب الجعل والإجارة من المدونة: ولا يجوز أن يقول له: احمل طعامي هذا إلى بلد كذا ولك نصفه إلا أن يعطي نصفه نقداً، ولا يجوز على تأخيره إلى البلد لو اكتال نصفه هاهنا ثم يحمل الجميع إلى البلد لم يجز أيضاً. قال ابن حبيب: ولو سلم له نصفه إن شاء حمله أو حبسه لجاز انتهى. فمعنى الأول أنه كان له نصفه وشرط عليه أن يحمل الجميع إلى البلد والله أعلم.

الثاني: إذا وقع ذلك وحمله للبلد فذكر ابن يونس عن ابن أخي هشام أن للحمال نصفه وعليه مثله في الموضع الذي حمله منه وله كراؤه في النصف الآخر ما بلغ. قال: وعاب هذا بعض شيوخنا. وقال: يلزم عليك إذا هلك الطعام أن تضمن نصفه لأنه على قوله بالقبض لزم ذمته وهذا بعيد، لأن فساد المعاملة منع المكاري من قبض حصته إلى أن يصل للبلد المحمول إليه، فكيف يضمن إذا هلك قبل البلد وهو إنما يصير له بعد الوصول إليها، وإنما يكون الطعام كله لربه وعليه إجارة حمله كله، وهذا هو الصواب كما في مسألة دبغ الجلود ونصها: ونسج الثوب على أن له نصف ذلك إذا فرغ فعمل على ذلك فإن له أجر عمله والثوب والجلود لربها فكذلك هذا. انتهى. أبو الحسن: ويظهر لي أن قول ابن أخي هشام هو ظاهر الكتاب من قوله، لأنه لا شيء بعينه بيع على أن يتأخر قبضه تأمله. وفي مسألة الجلود والثوب شرط أنه إنما يقبض بعد الفراغ انتهى. فإن أفات الحمل النصف بعد وصوله للبلد المحمول إليه فعليه مثله في ذلك الموضع وله جميع الكراء والله أعلم. ص: **(وكإن خطته اليوم بكذا وإلا فبكذا) ش:** قال فيها: وإن آجرت رجلاً يخيط لك ثوباً إن خاطه اليوم فبدرهم، وإن خاطه غداً فنصف

متى شاء ميزها قبل أن يصل أو يخرج جاز إن ضرب للبيع أجلاً يريد ضرب أجلاً بعد الوصول إلى البلد ولا ينقده إجازة البيع. قال ابن القاسم: وكذلك إن آجرته على طحنه فإن كان إذا شاء أفرده وطحن حصته جاز، وإن كان على أن لا يطحنه إلا مجتمعاً لم يجز. وكذلك إن آجرته على رعاية غنم بينكما جاز ولزمته الإجارة إذ كان له أن يقاسمك حصته ويبيعها متى شاء وضربت للرعاية أجلاً وشرطت خلف ما هلك من حصتك، انظر المتيطي فيمن باع نصف غنمه بثمن معلوم إلى مدة على أن يرعى له المبتاع النصف الباقي على ملكه طول المدة أن ذلك يجوز إذا شرط خلف ما نقص من نصفه ولم يشترط ترك المقاسمة **(وكإن خطته اليوم بكذا وإلا فبكذا)** من المدونة قال ابن القاسم: إن

وَاعْمَلْ عَلَى دَابَّتِي فَمَا حَصَلَ: فَلَكَ نِصْفُهُ،

درهم أو قلت له إن خطت خياطة رومية فبدرهم، وإن خطته خياطة عربية فبنصف درهم، لم يجز وهو من وجه بيعتين في بيعة، فإن خاطه فله أجر مثله زاد على التسمية أو نقص. قال غيره في المسألة الأولى: إلا أن يزيد على الدرهم أو ينقص من نصف الدرهم فلا يزاد ولا ينقص. أبو الحسن: ويعتبر في التقويم التعجيل والتأخير أي يقال كم قيمة خياطة هذا الثوب اليوم؟ وكم قيمة خياطته إلى غد؟ ونحوه في ابن يونس سحنون وقول ابن القاسم أحسن.

فرعان: الأول: إذا استأجره على خياطة ثوب بدرهم ثم قال له عجله لي اليوم وأزيدك نصف درهم، فإن كان على يقين من أنه يمكنه تعجيله فذلك جائز، وإن كان لا يدري إذا أجهد نفسه هل يتم أم لا، فكرهه مالك، ومثله استئجار رسول على تبليغ كتاب لبلد بكذا ثم زيادته على أن يسرع في السير فيبلغه في يوم كذا يفصل فيه كما تقدم. هذا الذي ارتضاه ابن رشد في رسم سلف من سماع ابن القاسم من الإجارة ونصه: سئل مالك عن الرجل يستخيط الثوب بدرهم ثم يقول له بعد ذلك عجله لي اليوم ولك نصف درهم قال مالك: لا أرى به بأساً، وأرجو أن يكون خفيفاً ولم يره كالرسول يزاد لسرعة السير. قال ابن رشد: أما الذي يستخيط الرجل الثوب بأجل مسمى ثم يزيده بعد ذلك على أن يعجله له فلا إشكال أن ذلك جائز، لأن تعجيله ممكن له، ولا ينبغي أن يتعمد تأخيره ومطله إضراراً به لغير سبب، وله أن يتسع في عمله ويؤخره لعمل غيره قبله أو للاشتغال بما يحتاج إليه من حوائجه على ما جرى من عرف الصناع في التراخي في أعمالهم، فإذا زاده على أن يتفرغ له ويعجله جاز لأنه أخذ ما زاده على فعل ما يقدر عليه ولا يلزمه انتهى. ونقله ابن عرفة وبعض الكلام في التوضيح والله أعلم.

الثاني: من استأجر غلماناً يخيطون الثوب كل شهر بشيء مسمى فلا يجوز أن يطرح على أحد منهم ثياباً على أنه إن فرغ منها في يوم فله بقيته، وإن لم يفرغ منها في يوم كان عليه يوم آخر لا يحبسه له في شهر إن كان ذلك كثيراً لكثرة الغرر في ذلك، وإن كان ذلك يسيراً فذلك خفيف. قاله في أول سماع ابن القاسم من الإجارة. ص: **(واعمل على دابتي فما حصل فلك نصفه)** ش: قال ابن غازي: أي فما حصل من ثمن أو أجرة بدلالة قوله بعد: «وجاز بنصف ما يحتطب عليها» انتهى. وقوله: «من أجرة» لعله يريد في صورة العكس التي

آجرت رجلاً يخيط لك ثوباً على أنه إن خاطه اليوم فبدرهم وإن خاطه غداً فبنصف درهم لم يجز عند مالك لأنه آجر نفسه بما لا يعرف. ابن المواز: قال مالك: من آجر من يبلغ له كتاباً إلى ذي المروة ثم قال بعد صحة الإجارة وإن بلغته في يومين فلك زيادة كذا، فكرهه واستخفه في الخياطة بعد العقد. قال ابن عبد الحكم: وإجازة ذلك أحب إلينا وبه أخذ سحنون. **(أو اعمل على دابتي فما**

وَهُوَ لِلْعَامِلِ، وَعَلَيْهِ أُجْرَتُهَا، عَكْسُ لِتُكْرِيهَا، وَكَبَيْعِهِ نِصْفاً: بِأَنْ يَبِيعَ نِصْفاً، إِلاَّ فِي الْبَلَدِ، إِنْ أَجَّلاَ وَلَمْ يَكُنِ الثَّمَنُ مِثْلِيًّا.

في قوله عكس لتكريها وإلا فليس في هذه الصورة أجرة إنما فيها ثمن، ولفظ المصنف نحو لفظ المدونة وفسر الشارح بأن المراد الثمن.

تنبيهات: الأول: لا فرق في ذلك بين الدابة والسفينة والإبل قاله في المدونة. وكذلك في عكس هذه المسألة لا فرق بينهما، وزاد في المدونة معها في هذه مسألة الدار والحمام أعني فيما إذا دفع إليه هذه الأشياء ليكريها، وسكت في المسألة الأولى أعني قوله: «اعمل على دابتي عن الدار والحمام». فقال عياض: لأن ما لا يذهب به ولا عمل فيه لمتوليه كالرباع فهو فيها أجير والكسب لربها ويستوي فيها «اعمل» و«آجر»، ونقله أبو الحسن وقبله، وكذلك قال اللخمي: قوله في السفينة اكرها واعمل عليها سواء إن كان فيها قومه ربها لأنه إنما يتولى العقد فغلتها لربها وله أجر مثله، ولو كان سافر فيها بمتاعه فالربح له ولربها الإجارة، والحمام والفرن إن لم يكن فيهما دواب ولا آلة الطحن كان ما يؤاجر به للعامل أجر المثل، وإن كانا بدوابهما ويشتري الحطب من عند صاحبهما أو من غلتهما فما أصاب لربهما وللعامل وعليه أجرة المثل وإنما هو قيم فيهما، وكذا الفندق ما أكرى به مساكنه لربه وللقيم إجارته. انتهى.

الثاني: لا فرق أيضاً فيما إذا قال: اعمل على دابتي أو في سفينتي أو إبلي، وبين أن يقول لي أو لا يقولها على ظاهر رواية الأكثرين وصريح رواية الدباغ. وفي الجلاب: إذا قال: اعمل لي كان الكسب كله لرب الدابة. قال عياض: والصواب الأول، ولا فرق بين أن يقول لي أو لم يقلها إذ هو المقصود. نقله أبو الحسن.

الثالث: إذا أصيب ما عمل عليها قبل بيعه فهو من العامل. نقله أبو الحسن.

حصل فلك نصفه وهو للعامل وعليه أجرتها عكس لتكريها) من المدونة: وإن دفعت إليه دابة أو إبلاً أو داراً أو سفينة أو حماماً على أن يكري ذلك وله نصف الكراء لم يجز، فإن نزل كان لك جميع الكراء وله أجر مثله كما لو قلت له: بع سلعتي فبعتها به من شيء فهو بيني وبينك، أو قلت له فما زاد على مائة فبيننا فذلك لا يجوز، والثمن لك وله أجر مثله. ابن يونس: ساوى بين الدواب والدور والسفن إذا قال له: أكرها ولك نصف الكراء أن الكراء لربها وعليه إجارة المثل للرجل وهو أصوب. ولو أعطيته الدابة أو السفينة أو الإبل ليعمل عليها فما أصاب بينكما لم يجز ذلك، فإن عمل عليها فالكسب ها هنا للعامل وعليه كراء المثل في ذلك ما بلغ وكأنه اكترى لك كراء فاسداً والأول أجر نفسه منك إجارة فاسدة فافترقا **(وكبيعه نصفاً بأن يبيع نصفاً إلا بالبلد إن أجلاولم يكن الثمن مثلياً)** من المدونة قال مالك: من باع من رجل نصف ثوب أو نصف دابة أو غيرها على أن يبيع له النصف الآخر بالبلد جاز إن ضرب لبيع ذلك أجلاً ما خلا الطعام فإنه لا يجوز. قال سحنون: لأنه قبض

وَجَازَ بِنِصْفِ مَا يَحْتَطِبُ عَلَيْهَا،

الرابع: إذا قال: اعمل على دابتي قال ابن عرفة الصقلي: لو عمل فلم يجد شيئاً فعليه الكراء لأنه في ذمته. ولابن حبيب: إن عرف أنه عاقه عائق فلا شيء عليه إذا لم يكرها بشيء مضمون عليه. قلت: وهذا نحو اختلافهم في القرض على الأداء من شيء بعينه يتعذر وهو مذكور في القراض. وقال قبله اللخمي: إن قال: أكر دابتي ولك نصف ما تكريها به فمضى بها ثم ردها وتعسر عليه كراؤها لم يكن له شيء لأنه فاسد، والحكم أن يردها ولا يتم ذلك الفاسد.

الخامس: لو قال أكرها فعمل عليها كان الكسب للعامل ولربها كراء المثل لأنه تعدى على منافع الدابة على غير ما أذن له، وإن قال اعمل عليها فأكراها فقال ابن القاسم: ما أكريت به للأجير ولربها إجارة المثل. وقال في كتاب الشفعة: ما أكريت به لربها لأن ضمان منافعها منه. انتهى من ابن عرفة.

السادس: من هذا الباب لو قلت له: بع سلعتي والثمن بيني وبينك أو ما زاد على مائة بيني وبينك فقال في المدونة: ذلك لا يجوز والثمن له وللبائع أجر مثله. ابن يونس عن بعض القرويين: الفرق بيّن إن وقف وساوم ولم يأته أحد فالأشبه له أجر مثله إلا أن يتأول أنه جعل فاسد والأشبه الأول. أبو الحسن: وهذا على أن الجعل الفاسد يرد إلى صحيح أصله وعلى أنه يرد إلى صحيح غيره له أجر مثله. ص: **(وجاز بنصف ما يحتطب عليها)** ش: وكذا إن قال: لك نقلة ولي نقلة، أو ما تنقل اليوم لي وغداً لك، أو تعمل عليها اليوم لي وتبيعه وتعمل عليها غداً لك، فإن شئت بعته وإن شئت أخذته لنفسك. نقله ابن عرفة وغيره.

تنبيهات: الأول: إذا قال: بنصف ما تحتطب عليها لي جائز كما تقدم، وقد يعرض له

إجارته وهي طعام لا يعرف بعينه وقد يبع في نصف الأجل فيرد حصة ذلك فتصير إجارة وسلفاً، يريد وكذلك ما لا يعرف بعينه، وأجاز ذلك في كتاب محمد. قال ابن المواز: وإن لم يضرب لبيعه أجلاً لم يجز شرط بيعه في البلد أو في غيره، وقد ذكر عن مالك أنه إذا باعه نصف الثوب على أن يبيع له النصف الآخر أنه لا خير فيه. ووجه قول المدونة أنه إنما باعه على أن يبيع له النصف الآخر لأجل معلوم، فإن باعه قبل الأجل فهو كأمر طرأ. ابن يونس: وعلى هذا التعليل فيجوز في المثلي والصواب المنع مطلقاً، وقد تقدم إذا اشتريت ثوباً بقي منه ذراع على أن يتمه لك إنما منعه لأنه معين تأخر قبضه، وقد تقدم تخريج المجهول على هذا. **(وجاز بنصف ما يحتطب بهما)** ابن المواز: قال مالك: لا خير في أن يدفع الرجل دابته لمن يحتطب عليها على النصف. قال محمد: يريد نصف ثمن الحطب ولو جعل له نصف النقلة كان جائزاً. وكذلك على نقلات معروفات أو قال: لي نقلة ولك نقلة فذلك جائز كله. قال يحيى بن سعيد: إذا قال ما حطبت عليها من الحطب فلي نصفه ولك نصفه فلا بأس به. قال ابن القاسم: ولا بأس أن تعطيه دابتك أن يعمل عليها اليوم لنفسه على أن يعمل غداً لربها. قال

وَصَاعِ دَقِيقٍ مِنْهُ، أَوْ مِنْ زَيْتٍ لَمْ يَخْتَلِفْ،

ما يفسده كقوله: «ولا تأخذ نصفك إلا بعد بيعه مجتمعاً أو نقله لموضع كذا مجتمعاً. قاله ابن عرفة.

الثاني: إذا وقع على الوجه الفاسد فالكسب بينهما نصفان، ويرجع العامل على ربها بنصف إجارة مثله ويغرم لربها نصف كراء الدابة في ذلك العمل. قاله ابن عرفة أيضاً.

الثالث: إذا قال: اعمل عليها اليوم لي وغداً لك فقد تقدم أنه جائز أيضاً. اللخمي: فإن عمل اليوم ثم تلفت الدابة فللعامل على ربها أجر مثله وليس له أن يكلفه أن يأتي بأخرى، فلو عمل ما للعامل وتلفت قبل أن يعمل ما لربها فهل لربها كراؤها أو يأتيه بدابة أخرى يعمل عليها لأن المعمول عليه لا يتعين؟ والأول أبين لأن خلف ذلك يتعذر. ابن عرفة: القول الأول قول ابن القاسم في العتبية. ولما ذكره الصقلي قال الشيخ: أعرف فيها أن على رب الدابة أن يأتيه بأخرى يعمل عليها وهو على أصلهم. قال في الطرر فيمن أعطى دابته وفأسه على أن الحطب مناصفة فضاع الفأس، فضمانه من ربه ويحلف الأجير إن كان متهماً ونقله الوانوغي

ابن المواز: ولو قال خذ دابتي فاعمل عليها شهراً لنفسك وتعمل عليها شهراً لنفسي لم يجز إلا في مثل الخمسة الأيام وشبهها. وقال مالك وابن القاسم: لا يصلح أن يستأجر الرجل العبد وينقده الإجارة على أن يأخذه إلى عشرة أيام قال: وجائز النقد فيه إذا كان يقبضه إلى خمسة أيام. قال محمد: فمسألتك إنما استأجره ليعمل له بعد شهر وينقده كراءه الآن لأن دفعه دابته هذا الشهر هو أجرته، وأما في الخمسة أيام ونحوها فهو مثل الذي أجازه ابن القاسم ولا يدخله الدين بالدين، لأن مالكاً أجاز أن يكتري الرجل داراً يسكنها سنة بسكنى دار له السنة المقبلة ولم يجز ذلك في الحيوان. ابن يونس: لقلة أمن الحيوان فصار النقد فيه إذا لم يقبض عمداً ولا غرر فيما قرب اهـ. من ابن يونس. ولابن رشد في سماع أبي زيد من الأكرية: إذا قال: خذ حماري اعمل عليه شهراً لنفسك وشهراً لي لوجب أن يجوز ذلك إن بدا بالشهر الذي لنفسه، وأن لا يجوز إن بدا بالشهر الذي لصاحب الدابة لأنه بمنزلة من اكترى دابة بكراء نقده على أن يركبها بعد شهر، وكذلك لا يجوز عند جميعهم. وقال قبل ذلك: لا اختلاف بينهم في أن من استأجر أجيراً ليعمل له على دابة بعينها أو ليرعى له غنماً بأعيانها لا تنتقض الإجارة بموت الدابة أو الغنم. راجعه فيه **(وصاع دقيق منه أو من زيت لم يختلف)** من المدونة: لا بأس أن تؤاجره على طحن أردب بدرهم وقفيز من دقيقه إذ ما جاز بيعه جازت الإجارة به. ولو أجرته يطحنه لك بدرهم وبقسط من زيت زيتون قبل أن يعصرها جاز ذلك، ولو بعت منه دقيق هذه الحنطة كل قفيز بدرهم قبل أن يطحنها جاز لأن الدقيق لا يختلف، فإن تلفت هذه الحنطة كان ضمانها من البائع. وإن كان الزيت والدقيق مختلفاً خروجه إذا عصر وطحن لم يجز ذلك فيه حتى يطحن أو يعصر. وقد خفف مالك أن يبتاع الرجل حنطة على أن على البائع طحنها إذ لا يكاد الدقيق يختلف، ولو كان خروجه مختلفاً ما جاز

وَاسْتِئْجَارُ الْمَالِكِ مِنْهُ، وَتَعْلِيمُهُ بِعَمَلِهِ سَنَةً مِنْ أَخْذِهِ، وَاحْصُدْ هٰذَا وَلَكَ نِصْفُهُ، وَمَا حَصَدْتَ: فَلَكَ نِصْفُهُ، وَكِرَاءُ دَابَّةٍ لِكَذَا عَلَى إِنِ اسْتَغْنَى فِيهَا: حَاسَبَ،

هنا. ص: **(واستئجار المالك منه)** ش: يريد ما لم يؤد إلى دفع قليل في كثير كما في بيوع الآجال. ص: **(وتعليمه بعمله سنة من أخذه)** ش: قال أبو الحسن في الكبير بعد أن نقل عن عبد الحق والتونسي كلاماً طويلاً، تحقيق هذا الذي قالوه في مسألة الغلام أو معلم الصناعة باع منافعه بمنافع الغلام سنة، فإذا مات الغلام عند تمام المدة فلا كلام، وإن مات قبل الشروع في المدة فلا كلام أيضاً في فسخ الإجارة بينهما، وإن مات قبل تمام المدة فلا بدّ من المحاسبة، فإن وفى الصانع ثلثي الصنعة ووفى الغلام ثلث العمل فقط وجب المردود للصانع وهو ثلث إجارته يرجع به على سيد الغلام إذ هي بقية قيمة منافعه التي وفى. ولو كان الحال بالعكس بأن يوفي العامل ثلثي العمل ولم يحد له المعلم إلا ثلث الصنعة لوجب المردود للسيد يرجع بثلث أجرة الغلام، ولو استويا فيما وفى كل واحد لصاحبه لسقطت المراجعة بينهما انتهى. ابن عرفة: بعض شيوخ عبد الحق ما حاصله إن مات في نصف السنة فإن كان قيمة تعليمه في النصف الأول مثلي قيمة تعليمه في النصف الثاني، وقيمة عمله في النصف الأول نصف قيمة عمله في النصف الثاني، رجع ربه بثلث قيمة تعليمه. قلت: الأظهر منع إجارته بعمله لأنه يختلف بحسب سرعة تعلمه وبعده انتهى. ص: **(وإجارة دابة لكذا على إن استغنى فيها حاسب)** ش: لو قال: «على إن استغنى عنها» لكان أبين ويريد بشرط لا أن ينقد لأنه إن نقد يكون تارة ثمناً وتارة سلفاً. قاله في التوضيح وعزاه لمالك في العتبية والموازية، والمسألة في أول كتاب الرواحل من البيان، ولا مفهوم لقوله: «دابة» بل وكذلك غيرها إذ يجوز أن يستأجر الرجل الرجل شهراً على أن يبيع له ثوباً على أن المستأجر متى شاء أن يترك ترك إذا لم ينقد. ثم نقله في التوضيح عن المدونة ثم قال: ومنعهما سحنون قال في البيان: والجواز ووافق أظهر سحنون

(واستئجار المالك منه) ابن الحاجب: ويجوز استئجار المالك من المستأجر ويقوم الوارثون مقام المستأجرين **(وتعليمه بعمله سنة من أخذه)** من المدونة: لو دفعت غلامك إلى خياط أو قصار ليعلمه ذلك العمل بعمله سنة جاز، قال عيسى: والسنة من يوم أخذه **(واحصد هذا ولك نصفه)** من المدونة قال مالك: من قال لرجل احصد زرعي هذا ولك نصفه أو جد نخلي هذه ولك نصفها جاز، وليس له تركه لأنها إجارة وكذلك لقطه الزيتون هو كبيع نصفه. ابن حبيب: والعمل في تهذيبه بينهما يريد ولو شرط في الزرع قسمه حباً لم يجز، وإن كان إنما يجب له بالحصاد فجائز **(وما حصدت فلك نصفه)** من المدونة: إن قال فما حصدت أو لقطت فلك نصفه جاز، وله الترك متى شاء لأن هذا جعل **(وإجارة دابة لكذا على إن استغنى فيها حاسب)** من العتبية والموازية قال مالك: من تكارى دابته بدينار إلى بلد كذا على أنه إن تقدم منها فبحساب ما تكارى منه فذلك جائز إذا سمى موضع التقدم أو عرف نحوه وقدره، وإن لم يسمه مثل أن يقول عبدي الآبق بذي

وَاسْتِئْجَارُ مُؤَجِّرٍ،

على الجواز في كراء الدار سنة على أنه إن خرج قبلها حاسبه. انتهى كلام التوضيح. ومسألة كراء الدار هذه في رسم نذر سنة من سماع ابن القاسم من كتاب الدور والأرضين.

فرع: فإن اكترى دابة لبلد معين على أنه إن لم يجد حاجته فيها تقدم إلى موضع آخر فقال ابن رشد في رسم نذر سنة من سماع ابن القاسم من كراء الدور: في ذلك ثلاثة أقوال: أحدها: أن ذلك لا يجوز إلا أن يسمي الموضع الذي شرط أنه بالخيار في أن يتقدم إليه ويكون تبعاً للكراء الأول وبحسابه، فإن لم يكن تبعاً للكراء الأول أو كان بخلافه أرخص أو أغلا أو مبهماً لا يدري إن كان بحسابه أم لا إلا بعد النظر لم يجز، وهو مذهب ابن الماجشون. والثاني: أن ذلك جائز إذا سمى الموضع الذي شرط أن يتقدم إليه أو كان وجهه معروفاً، فإن لم يسمه كان بحساب الكراء الأول وإن لم يكن تبعاً وهو ظاهر قول مالك في أول رسم من سماع أشهب بعد هذا وما في رسم أوصى من سماع عيسى بعد هذا. والثالث: أن ذلك جائز إذا سمى الموضع الذي شرط أن يتقدم إليه أو كان وجهه معروفاً وإن كان بخلاف الكراء الأول أو غير تبع له، وهذا قول ابن القاسم. انتهى. وانظر توجيهها فيه، والمراد بكونه تبعاً يعني أقل من الأول والله أعلم. ص: (واستئجار مؤجر) ش: تصوره ظاهر.

فرع: قال في كتاب الجعل والإجارة من معين الحكام: إذا اكترى داراً عشر سنين بعدد

المروة فاكترى منك إليها بدينار، فإن تقدّمت فبحساب ذلك فهذا لا بأس به لأنه أمر قد عرف وجهه فهو كتسمية الموضع الذي يتقدم إليه، فأما أن تكارى منه إلى موضع بدينار على أنه أينما بلغ من الأرض كلها فبحسابه فلا خير فيه، مرة يذهب إلى العراق ومرة إلى الغرب، فلا يجوز حتى يكون موضع التقدم معلوماً مسمى أو أمد له وجه يعرف قدره وإن لم يسمه. قال ابن المواز: ثم لا ينقده إلا كراء الغاية الأولى فإن نقده الكراءين دخله بيع وسلف. قال مالك: ومن اكترى دابة في طلب ضالة أو آبق فلا يجوز حتى يسمي موضعاً، فإن سماه وقال: إن وجدت حاجتي دون ذلك رجعت وكان علي من الكراء بحسابه فذلك جائز إن لم ينقد. اهـ نص ابن يونس. وقال ابن رشد: قوله: «لا بأس به إن لم ينقد» هو نحو سماع ابن القاسم في اكتراء الدار سنة على أنه خرج منها قبلها حاسبه بما سكن. ومثل قوله في المدونة في إجارة الرجل شهراً على أن يبيع له ثوباً على أن المستأجر متى شاء ترك أنه جائز إن لم ينقد لأنها إجارة بخيار. قال فضل: منع ذلك سحنون لأنه خيار إلى أمد بعيد. ابن رشد: وليس كما قال إنما هو بالخيار في الجميع الآن وكلما مضى من الشهر شيء كان بالخيار فيما بقي.

(واستئجار مؤجر) من المدونة: لمكتري الدابة للحمولة والدار والسفينة كراؤها من مثله في مثل ما اكتراها له، وكذلك الفسطاط له كراؤه من مثله في حاله وأمانته وصنعته، ومن استأجر ثوباً فلبسه يوماً إلى الليل لم يعطه غيره لاختلاف اللبس والأمانة، فإن دفعه لغيره ضمن إن تلف، ومن المدونة قال ابن

أَوْ مُسْتَثْنًى مَنْفَعَتُهُ،

معلوم دفعه إليه وسكن الدار شهراً أو سنة ثم أراد اشتراءها من ربها فقال أبو بكر بن عبد الرحمن: شراء المكتري لها عندي جائز وهو فسخ لما تقدم من الكراء، وعلى هذا لو انهدمت الدار قبل انقضاء أمد الكراء كانت المصيبة من المشتري إذ الكراء قد انفسخ. وقال الشيخ أبو عمران: شراء المكتري لها جائز ويكون ذلك فسخاً للكراء ويكون بقية الكراء مضافاً إلى ثمن الدار فيجعل ذلك كله ثمناً للدار انتهى. ونقل الوانوغي في الثمن قولين: الأول: أنه ما وقع به البيع دون الأجرة، والثاني: ما وقع به البيع وما يجب لبقية المدة من الكراء ونصه: ما نقل ابن الرفيع عن أبي بكر بن عبد الرحمن وأبي عمران الفاسي نقله ابن سهل وابن عات، وقد اتفقا على أن ذلك فسخ لما بقي من المدة. فقال أبو بكر: الثمن ما وقع به البيع دونه. وصوبه ابن سهل. وقال أبو عمران: الثمن ما وقع به البيع وما يجب لبقية المدة من الكراء انتهى. ومنه قبل هذا بنحو الورقتين: ومن آجر أمته لم يمنع من وطئها، فإن حملت انفسخت الإجارة إذا كان الحمل منه، ومن أجر عبده ثم باعه فالإجارة أولى به، فإن كانت الإجارة كاليوم واليومين جاز البيع، وإن بعدت مدة الإجارة فسخ البيع. ونحو هذا في المدونة. قال أبو الحسن في الكبير: قال عبد الحق: وهذا إذا رضي المبتاع وإلا فله القيام بهذا العيب إذا لم يعلم أنه في إجارة انتهى. وقال في معين الحكام أيضاً مسألة: لو أجره شهراً ثم باعه فلم يعلم المشتري حتى انقضى الشهر قال بعض المتأخرين: البيع ماضٍ وهو كعيب ذهب وللمشتري أجرة الشهر أحب البائع أم كره، ولا يدخله بيع عبد وذهب بذهب لأن هذا أمر جرت إليه الأحكام. قال بعضهم: الإجارة للبائع ويخير المشتري في أن يأخذه بغير إجارة أو يرده، ولا يجوز أن يتراضيا على أخذ العبد وإجارته، انتهى منه.

قال أبو الحسن عن ابن يونس: وقيل: بل يقوم العبد على أن يقبض يوم عقد البيع ثم يقوم على أن يقبض بعد شهر، فما نقص رجع بحصة ذلك من الثمن وهذا أحسنها صح منه وهو لأبي إسحاق ومنه: وإن كان إنما علم بها بعد انقضاء الإجارة وكانت قريبة كاليوم واليومين جاز. ويختلف هل له متكلم في إجارة هذين اليومين على ما سيأتي انتهى. ويشير إلى الاختلاف المتقدم في الأمد البعيد والله أعلم. وفي الإجارة من المعونة فصل: يجوز للمؤاجر أن يبيع العين المستأجرة من المستأجر وغيره إن بقي من مدة الإجارة مالاً يكون غرراً يخاف

القاسم: ومن اكترى داراً فله أن يكريها من مثله بأكثر من الكراء أو أقل. وقال ابن القاسم: من استأجر أجير العمل من الأعمال فله أن يرسله يعمل للناس ويأتيه بما عمل أو يكريه في مثله. ابن رشد: لا يلزم الأجير أن يكون هو الذي يؤاجر نفسه له ويأتيه بالأجرة إلا أن يرضى بذلك، وهذا إذا استأجره في عمل غير معين فإن كان معيناً كالقصارة فينقله لقصارة (**أو مستثنى منفعة**) ابن الحاجب: تصح إجارة الرقبة وهي مستأجرة أو مستثنى منفعتها مدة تبقى فيها غالباً والنقد فيها يختلف باختلافها. ابن عبد السلام:

تغيرها في مثله خلافاً لأبي حنيفة ولأحد قولي الشافعي لقوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾ [البقرة: ٢٧٥] ولأنه ليس في بيعها إبطال حق المستأجر، لأن المشتري إنما يتسلمها بعد انقضاء أمد الإجارة، وكل تصرف لا يبطل حق المستأجر لا يمنع أصله إذا باع أمة قد زوجها. وقال فيها أيضاً: ويجوز بيع العين المستأجرة من مستأجرها وغيره والمنفعة للمستأجر إلى انقضاء الإجارة وللمؤجر جميع الأجرة، وفي جهل المشتري الإجارة يثبت له الخيار انتهى. وقال ابن جزي في القوانين: ويجوز بيع الأرض والرباع المكتراة خلافاً للشافعية، ولا ينفسخ الكراء ويكون واجب الكراء في بقية أمد الكراء للبائع، ولا يجوز أن يشترطه المشتري لأنه يؤل إلى الربا إلا إن كان البيع بعروض، وإن لم يعلم المشتري أن الأرض مكتراة فذلك عيب وله القيام به انتهى.

وفي كتاب الإجارة من الجلاب: ومن اكترى داراً أو أرضاً مدة معلومة فلا بأس أن يبيعها من مكتريها قبل تمام المدة، ولا بأس أن يبيعها من غيره لأنه إذا أعلمه بالإجارة فإن باعها منه ولم يعلم المشتري بالإجارة فهو عيب إن شاء المشتري رضي به، وإن شاء رد، ولا سبيل له إلى فسخ الإجارة قبل مضي المدة، والأجرة على كل حال للبائع دون المبتاع. قال التلمساني: لأنه ليس في ذلك أكثر من أنه باع داراً أو أرضاً يتأخر قبضها مدة من الزمان لا تتغير في مثلها، ولا يجوز أن يشترط الأجرة المشتري لنفسه لأنه يدخله الذهب بالذهب متفاضلاً. ثم قال: قال مالك: ومن ساقى حائطاً ثم باعه فالبيع ماضٍ والمساقاة ثابتة لا ينقضه البيع. الأبهري: لأن عقد المساقاة لازم كعقد الإجارة. انتهى ونحوه للقرافي. وفي أواخر مسائل الإجارة من البرزلي ما نصه: مسألة ابن عات: من أكرى داره ثم باعها فإما أن يبيعها من المكتري أو من غيره، فإن باعها من غيره فإن لم يعلم بالكراء فهو عيب إن شاء رد وإن شاء تماسك، وإن علم به فلا رد له ولا كراء إلا أن يشترطه، وإن اشترطه فإن وجب الكراء للبائع أو بعضه بمضي المدة فلا خلاف في المنع إذا بيعت الدار بذهب وهو ذهب ولا بالورق على قول ابن القاسم إلا أن يكون الثمن نقداً أو يكون أقل من صرف دينار وإن لم يجب شيء من الكراء على المكتري للبائع لكونه لم يمض من المدة شيء، وإن اشترطه في العقد ففي جوازه قولان، فابن رزق يجيزه ووافقه غيره، ومنهم من منعه ونسب لابن القاسم في الدمياطية، ومنهم من قال: هو للمبتاع اشترطه أم لا، وأما إن باعها من المكتري فقال ابن عبد الرحمن وأبو عمران: هو جائز وهو فسخ لما تقدم من الكراء في قول أبي بكر بن عبد الرحمن ولما بقي من المدة في قول أبي عمران. ابن سهل: وجواب أبي عمران أميل إلى الصواب. وسئل الشارقي وابن دحون وابن الشقاق عن المكتري إذا ابتاعها بشرط أن الكراء عنه محطوط، فأجابوا أن ذلك لا يجوز. ابن دحون: هذا إن كان إسقاطه مشترطاً في العقد وإن وضعه البائع بعد البيع جاز. قال الشارقي: وأجازه ابن حزم وهو خطأ. يريد أنه ابتاع الدار والكراء عليه بالثمن الذي دفع فصار ذهباً

وَالنَّقْدُ فِيهِ إِنْ لَمْ يَتَغَيَّرْ غَالِباً، وَعَدَمُ التَّسْمِيَةِ لِكُلِّ سَنَةٍ، وَكِرَاءُ أَرْضٍ لِتُتَّخَذَ مَسْجِداً مُدَّةً. وَالنَّقْضُ لِرَبِّهِ إِذَا انْقَضَتْ.

وعرضاً بذهب وهو بين الفساد. ابن سهل: وجوابها ولاء لا يدل على أن الكراء لا يفسخه الشرط انظر تمامه. انتهى. وانظر الجواهر وكلام الوانوغي في جوابه والله أعلم. **ص: (وعدم التسمية لكل سنة) ش:** قال في التوضيح: يجوز ذلك كما يجوز أن يستأجر سنة بكذا وإن لم يعين لكل شهر شيئاً وكان المقصود من شهور السنة بعضها كما أشار إليه في المدونة في دور مكة ويرجع إلى التقويم عند حصول مانع.

تفريع: فإن شرطا الرجوع إن حصل مانع إلى القيمة دون التسمية جاز اتفاقاً، وإن شرطا الرجوع للتسمية دون القيمة امتنع اتفاقاً، وإن دخلا على السكة فمذهب ابن القاسم وروايته في المدونة أن التسمية لغو ويقضي بالقيمة، وهو قول أصبغ وسحنون. ولمالك في العتبية أن الكراء فاسد. ذكر ذلك في البيان، وانظر ابن عرفة في ابتداء مدة السكنى والله أعلم. **ص: (والنقض لربه) ش:** انظر على من تكون أجرة نقضه، والظاهر أنها على البائع. قال اللخمي: وإن أكرى أرضه لمن يتخذها مسجداً وضربا لذلك أجلاً جاز، فإن انقضى الأجل كان له أن ينقض ذلك ما لا يصح بقاؤه للسكنى ولا يوافق بناء الدور، وما يصح بقاؤه إن لم يجعله حبساً كان لصاحب الأرض أن يأخذه بقيمته منقوضاً وإن حبسه فاختلف هل له أخذه وأن ذلك له أحسن انتهى. قال ابن عرفة إثر نقله كلام اللخمي هذا: قلت: قوله: «له نقض ما لا يصح للسكنى» تبع فيه التونسي قال: لأن رب الأرض لا يقدر أن ينتفع بها على صورة مسجد داراً الصقلي

قوله: «الرقبة» يشمل الحيوان وغيره **(والنقد فيه إن لم يتغير غالباً أو عدم التسمية لكل سنة)** ابن شاس: له أن يكري الدار إلى حدّ لا تتغير فيه غالباً وينتقد، فأما ما لا يؤمن تغيرها فيه لطول المدة أو لضعف البناء وشبه ذلك فيجوز العقد دون النقد ما لم يغلب على الظن أنها لا تبقى إلى المدة المعينة فلا يجوز كراؤها إليها. ولو أجر سنين ولم يقدر حصة كل سنة من الأجرة صح كما في الأشهر من سنة واحدة. ومن المدونة قال مالك: لا بأس بإجارة العبد عشر سنين وخمس عشرة سنة ولا أرى به بأساً، والدوران بين ذلك فيها جائز ويجوز تقديم الإجارة فيه بشرط. ابن يونس: تجوز إجارة الدور ثلاثين سنة بالنقد والمؤجل لأنها مأمونة. ومن المدونة: إن اكتريت أرضاً ثلاث سنين بثلاثين ديناراً لكل سنة عشرة؟ قال: لا، بل تحسب على قدر نفاقها كل سنة **(وكراء أرض تتخذ مسجداً مدّة والنقض لربه إذا انقضت)** من المدونة قال ابن القاسم: لا بأس أن يكري أرضه على أن تتخذ مسجداً عشر سنين، فإذا انقضت المدة رجعت الأرض إلى ربها وكان النقض لمن بناه. قال سحنون: ويجعله في غيره. قال أبو محمد: قول ابن القاسم أبين وليس مثل الأرض تستحق وقد بنيت مسجداً يريد فهذا يجعله في غيره لأنه أخرجه من يده لله على التأبيد، والآخر إنما جعله لله على المدة فيرجع إليه بعد تمامها. ابن يونس: كمن دفع فرسه لمن يغزو به غزوة ثم يرجع إليه

وَعَلَى طَرْحِ مَيْتَةٍ: وَالْقِصَاصِ. وَالأَدَبِ. وَعَبْد خَمْسَةَ عَشَرَ عَاماً

عن بعض القرويين: إلا أن يلتزم إبقاءه مسجداً فيأخذه بقيمته منقوضاً ويلزمه إبقاؤه مسجداً. انتهى. ص: **(وعلى طرح ميتة)** ش: قال في المدونة: ولا بأس بالاستئجار على طرح الميتة والدم والعذرة. انتهى. ونبه على هذا لئلا يتوهم أن هذه الأشياء لما كانت محرمة كان الأجر على ذلك محرماً كالاستئجار على حمل الخمر، لأن المحرم الاستئجار على حمل الخمر للانتفاع بها، ولو استؤجر على طرحها وإراقتها جاز. قال أبو الحسن في الكبير: والفرق بينهما أنه في مسألة الخمر آجر نفسه على حمل الخمر للانتفاع بها وذلك حرام، وفي مسألة الميتة الإجارة على طرحها لا للانتفاع بها، ولو كانت الإجارة على الميتة للانتفاع بها لم يجز كالخمر، انتهى.

فرع: قال في المدونة: ولا يؤاجر على طرح الميتة بجلدها إذ لا يجوز بيعه وإن دبغ. انتهى ص: **(والقصاص والأدب)** ش: قال أبو الحسن الصغير: قال اللخمي: الإجارة على القتل والجراح جائزة وإذا كان عن قصاص أو لحق الله تعالى، ولا يستأجر في ذلك إلا من يرى أنه يأتي الأمر على وجهه ولا يعبث في القتل ولا يجاوز في الجرح انتهى. وقال في المدونة: ولا بأس بالإجارة على قتل قصاص أو على ضرب عبدك وولدك للأدب، وأما لغير ما ينبغي من الأدب فلا يعجبني، وإن آجره على قتل رجل ظلماً فلا أجر له. انتهى. أبو الحسن: قوله: «أو على ضرب ولدك أو عبدك» قالوا: ويصدق أنه فعل ما يوجب ذلك. فلو أقر في العبد أنه لم يفعل ما يوجب عليه الأدب فهل يمكن من الضرب اليسير دون سبب أو لا؟ في ذلك اختلاف ويصدق في الزوجة أنها فعلت ما يستوجب الضرب. انتهى. وانظر تمامها فيه والله أعلم. ص: **(وعبد خمسة عشر عاماً)** ش: نحوه في المدونة. وفي سماع أشهب من الإجارة: سئل مالك عمن استأجر أجيراً خمسة عشر عاماً قال: هذا كثير لا يصلح ولكن لا بأس أن يستأجر عاماً وينقده إجارته. ابن رشد: قوله: «وينقده إجارته» دليل على أنه إنما كره

(وعلى طرح كميتة) من المدونة قال ابن القاسم: ولا بأس بالإجارة على طرح الميتة والدم والعذرة **(والقصاص)** من المدونة: من قتل رجلاً ظلماً بأجر فلا أجر له، ومن وجب لهم الدم قبل رجل فقتلوه قبل أن ينتهوا به إلى الإمام فلا شيء عليهم غير الأدب لئلا يجترىء على الدماء، ولا يمكن الذي له القود في الجراح أن يقتص لنفسه ولكن يقتص له من يعرف القصاص بأرفق ما يقدر عليه، وأجرة ذلك على من يقتص له. وأما في القتل فإنه يدفع إلى ولي المقتول فيقتله وينهى عن العبث فيه. ومن المدونة أيضاً: لا بأس بالإجارة على قتل قصاص يريد وقد ثبت ذلك بحكم قاض عدل والأدب. ومن المدونة أيضاً: لا بأس بالإجارة على ضرب عبدك أو ولدك للأدب، وأما على غير ما لا ينبغي من الأدب فلا ينبغي **(وعبد خمسة عشر عاماً)** تقدم النص بهذا. ويبقى النظر في حكم النقد، والذي لابن الحاجب استخف النقد في العقار سنين واستكثر في الحيوان عشرة أيام اهـ.

وَيَوْمٍ. أَوْ خِيَاطَةِ ثَوْبٍ مَثَلاً. وَهَلْ تَفْسُدُ إِنْ جَمَعَهُمَا وَتَسَاوَيَا، أَوْ مُطْلَقًا؟ خِلَافٌ،

الخمسة عشر عاماً مع النقد. وظاهر ما في الجعل والإجارة إجازة النقد في الخمسة عشر عاماً خلاف قول غيره فيها. انتهى. اللخمي: الأمد في المستأجر يختلف باختلاف الأمن والخوف في تلك المدة. فأوسعها في الأجل الأرضون ثم الدور ثم العبيد ثم الدواب ثم الثياب، فيجوز كراء الأرض ثلاثين سنة وأربعين بغير نقد إلا أن تكون مأمونة الشرب، فيجوز مع النقد، ويجوز مثل ذلك في الدور إذا كانت جديدة مأمونة البناء وإن كانت قديمة فدون ذلك قدر ما يرى أنه يؤمن سلامتها في الغالب، واختلف في العبيد فأجاز في كتاب محمد العشرين سنة بالنقد، وفي المدونة خمسة عشر سنة، ومنعه غير ابن القاسم في العشرين، وأرى أن ينظر في ذلك إلى سن العبد، وكذلك الحيوان يختلف في إجارتها باختلاف العادة في أعمارها، فالبغال أوسعها أجلاً لأنها أطول أعماراً، والحمير دون ذلك، والإبل دون ذلك والملابس في الأجل مثل ذلك، ويفترق الأجل في الحرير والكتان والصوف والقديم والجديد فيضرب من الأجل لكل واحد بقدره انتهى.

فرع: قال في المدونة: والموصى له بخدمة عبد عشر سنين لا بأس أن يكتريه عشر سنين. أبو الحسن: معناه ويجوز النقد فيه بشرط، وأما الموصى له بخدمة عبد حياته فلا يجوز أن يكريه عشر سنين. ابن يونس: يريد بالنقد وأما إذا لم ينقد فجائز لأنه كلما عمل أخذ بحسابه والله أعلم. ص: **(ويوم أو خياطة ثوب مثلاً وهل تفسد إن جمعهما وتساويا أو مطلقاً خلاف)** **ش:** يعني أن المنفعة التي هي أحد أركان الإجارة إذا كانت صنعة يجوز أن تقيد بالزمن كخياطة يوم مثلاً أو بمحل تلك الصنعة كخياطة ثوب مثلاً، فإن جمع بينهما أي بين التقييد بالمحل والزمن فقال في البيان في شرح أول مسألة من كتاب الجعل والإجارة فإن كان الأمر في ذلك مشكلاً فلا اختلاف في أن ذلك لا يجوز، وإن كان الإشكال في أن العمل يمكن تمامه قبل انقضاء الأجل فقد قيل: إن ذلك جائز، والمشهور أن ذلك لا يجوز. انتهى ونقله في

وانظر هذا مع ما تقدم في الزكاة أو لكمؤجر نفسه **(ويوماً أو خياطة ثوب مثلاً وهل تفسد إن جمعهما وتساويا أو مطلقاً خلاف)** ابن شاس: استصناع الآدمي يعرف إما بالزمان أو بمحل العمل كما لو استأجر الخياط مثلاً يوماً أو بخياطة ثوب معين فلو جمع بينهما وقال أستأجرك لتخيط هذا الثوب في هذا اليوم لم يصح اهـ. وقال ابن رشد: الإجارة على شيء بعينه كخياطة ثوب أو نسج غزل أو طحن قمح وشبهه مما الفراغ منه معلوم ولا يجوز تأجليه بوقت يشك في سعته له، وإن كان لا إشكال في سعته فقيل: إن ذلك جائز وهو ظاهر سماع ابن القاسم. وقوله وهو دليل قوله في المدونة في الذي استأجر ثوراً على أن يطحن له كل يوم أردبين فوجده لا يطحن إلا أردباً، أن له أن يرده ولم يفسخ الإجارة وهو قول ابن حبيب، أجاز أن يشارط المعلم في تعليم الغلام القرآن على الحذق نظراً أو ظاهراً سيما إن جعلا في ذلك أجلاً ولم يسمياه، وعزاه لمالك والمشهور أن

وَبَيْعُ دَارٍ لِتُقْبَضَ بَعْدَ عَامٍ، وَأَرْضٍ لِعَشْرٍ، وَٱسْتِرْضَاعٌ،

التوضيح وكذا قال اللخمي، إلا أنه اختار القول بإمضاء هذه العقدة نقله عنه ابن عرفة. وقال ابن عبد السلام: الذي قاله من يرتضي من الشيوخ أن الزمن الذي قيدت به الإجارة إن كان أوسع من العمل بكثير فلا يختلف في الجواز، وإن كان أضيق بكثير فلا يختلف في المنع، وإن كان الزمن مساوياً لمقدار العمل ففيه قولان، اختلف الشيوخ في تعيين المشهور منها. انتهى باختصار. فالضيق لا يجوز، والمساوي لا يجوز أيضاً عند ابن رشد باتفاق، وعند ابن عبد السلام على أحد المشهورين فجزم المصنف بالفساد فيه لقوة القول بالفساد لحكاية ابن رشد الاتفاق. والواسع يجوز عند ابن عبد السلام باتفاق، ويمنع عند ابن رشد على المشهور وإلى اتفاق ابن عبد السلام هذا ومشهور ابن رشد أشار بالخلاف والضيق لم يتعرض له لأنه واضح الفساد ولأنه لما لم يحك مع التساوي قولاً بالجواز علم أن الضيق أحرى منه. فقوله: «وتساويا» مفهومه إن لم يتساويا يريد بأن كان أوسع فلا تفسد على القول الأول ثم قال: «أو مطلقاً» أي تفسد مطلقاً، سواء كان مساوياً أم واسعاً خلاف والله أعلم.

فرع: قال في شرح مسألة من أول رسم سماع أشهب: فعلى القول بأن ذلك لا يجوز يكون للأجير إن فاتت الإجارة بالعمل أجرة مثله بالغة ما بلغت على تعجيلها أو تأخيرها، فأما على القول بأن ذلك جائز، فإن فرغ منه في اليوم الذي سمى كانت له الإجارة المسماة، وإن لم يفرغ منه إلا بعد ذلك كانت له إجارته على غير التعجيل لأن المستأجر إنما رضي به من

ذلك لا يجوز. اللخمي: أرى أن يمضي إن وقع **(وبيع دار لتقبض بعد عام)** من المدونة وغيرها: يجوز بيع الدار واستثناء سكناها مدة لا تتغير فيها غالباً، وفي حدها بسنة أولاً ستة أقوال، الأول وهو مذهب المدونة مع سماع يحيى ابن القاسم قائلاً: ولو كان الثمن مؤجلاً **(أو أرض لعشر)** ابن رشد: بيع الأرض واستثناؤها أعواماً أخف. قال ابن القاسم: يجوز فيها عشرة أعوام. انظر في السلم من ابن يونس قال: من الغرر شراء شيء بعينه على أن لا يقبضه المبتاع إلا لأجل إلا ما له وجه كبيع دار واستثناء سكناها شهراً، أو دابة يستثنى ركوبها يومين، أو زرع يبس على كيل يتأخر حصاده خمسة عشر يوماً أو ثمراً كذلك قال مالك. ومن اشترى طعاماً بعينه على شرط أن يكتاله إلى يومين أو ثلاثة لا بأس بذلك. قال ابن القاسم: وكذلك السلع كلها عندي هو فيها أبين **(واسترضاع)** من المدونة قال مالك: لا بأس بإجارة الظئر على رضاع الصبي حولاً أو حولين بكذا، وكذلك إن شرطت عليهم طعاماً وكسوتها فهو جائز. ابن حبيب: وذلك معروف على قدرها وقدر هيئتها وقدر أبي الصبي في غناه وفقره. ابن يونس: ولا يدخل ذلك طعام بطعام إلى أجل لأن النهي إنما ورد في الأطعمة التي جرت عادة الناس أن يقتاتوها ويأتدموها، وأما الرضاع فقد جرى العمل على جوازه في مثل هذا، ولا خلاف فيه، ولأن اللبن الذي يرضعه الصبي لا قدر له من الثمن وإنما أكثر الإجارة لقيامها بالصبي وتكلفها جميع مؤنه فكان اللبن في جميع ذلك لا قدر له.

وَالْعُرْفُ فِي: كَغَسْلِ خِرْقَةٍ، وَلِزَوْجِهَا فَسْخُهُ، إِنْ لَمْ يَأْذَنْ، كَأَهْلِ الطِّفْلِ إِذَا حَمَلَتْ، وَمَوْتِ إِحْدَى

الأجرة على التعجيل، فإذا أعطاه ذلك لم ينبغ أن يأخذ ماله باطلاً انتهى. ص: **(والعرف في كغسل خرقة)** ش: قال ابن غازي: أي وجاز اعتبار العرف أو واعتبر العرف انتهى. قال في التوضيح عند قول ابن الحاجب: ويحمل في الدهان وغسل الخرق وغيره على العرف، وقيل على الظئر: قوله: «وغيره» أي كحميمه ودق ريحانه ونحو ذلك على العرف. فإن اقتضى أنه على الظئر فعليها، وإن اقتضى أنه على الأب فعليه، وهذا مذهب المدونة. ولم يصرح فيها بالحكم إذا لم يكن عرف نعم نص ابن حبيب على أنه مع عدم العرف على الأب. وقوله: «وقيل على الظئر» أي مع عدم العرف لأن العرف محل اتفاق، وهذا القول لابن عبد الحكم وكلامه يوهم أن هذا القول يخالف مع ثبوت العرف. انتهى. ص: **(ولزوجها فسخه إن لم يأذن)** ش: تصوره واضح ونحوه في المدونة قال فيها: وترضعه حيث اشترطوا فإن لم يشترطوا موضعاً فشأن الناس الرضاع عند الأبوين إلا امرأة لا يرضع مثلها عند الناس أو يكون الأب وضيعاً لا يرضع مثلها عنده فذلك لها. وقال أبو الحسن: اللخمي: ورضاع الولد في بيتها إلا أن تكون العادة رضاعه عند أبويه لأن من باع سلعة معينة لم يكن عليه نقلها إلى دار المشتري. ص: **(كأهل الطفل إذا حملت)** ش: ولهم فسخ الإجارة إلا أن يخاف على الصبي الموت فيكون عليهم فسخ الإجارة، وإن خيف عليه ضرر غير الموت فيكون لهم تركه ولكن على الكراهة هذا. قاله أبو الحسن. وهذا والله أعلم إذا لم يتحقق الضرر.

فرع: قال في المدونة: ولا يلزمها أن تأتي بغيرها. أبو الحسن: ولا يلزم الأب ذلك إذا طلبته هي وإن تراضيا على ذلك، فإن كان نقدها الأجرة فلا يجوز لأنه فسخ دين في دين على أصل ابن القاسم، وإن لم ينقد جاز. انتهى. وكرر المصنف المسألة في آخر الباب في قوله: «وحمل ظئر أو مرض» ص: **(وموت إحدى الظئرين)** ش: الظئر بالظاء المعجمة والهمزة المرضع، ويريد المصنف إذا استأجرهما جميعاً أو استأجر الثانية بعد الأولى وعلمت بها. قال في المدونة: ومن آجر ظئرين فماتت واحدة فللباقية أن لا ترضع وحدها، ومن آجر واحدة ثم آجر

(والعرف في كغسل خرقه) من المدونة: ويحملون فيما يحتاج إليه الصبي من المؤنة في كغسل خرقه وحميمه ودهنه ودق ريحانه وطيبه على ما تعارفه الناس **(ولزوجها فسخه إن لم يأذن)** من المدونة قال مالك: وليس لزوجها وطؤها إن آجرت نفسها بإذنه، وإن كان بغير إذنه فله أن يفسخ إجارتها **(كأهل الطفل إذا حملت)** نحو هذا للخمي من المدونة: وإذا حملت الظئر فخيف على الصبي فلهم فسخ الإجارة ولا يلزمها أن تأتي بغيرها ترضعه لأنها إنما اكتريت على رضاعه بعينها، وإن سافر الأبوان فليس لهما أخذ الصبي إلا أن يدفعا إلى الظئر جميع الأجرة **(وموت أحد الظئرين)** من المدونة: من آجر ظئرين فماتت واحدة فللباقية أن لا ترضع وحدها. قال سحنون: تنفسخ الإجارة. وانظر إذا قال الأب أرضعيه النوبة التي كنت ترضعيه أو قالت هي ذلك بينهما فرق.

الظِّئْرَيْنِ وَمَوْتِ أَبِيهِ، وَلَمْ تَقْبِضْ أُجْرَةً، إِلاَّ أَنْ يَتَطَوَّعَ بِهَا مُتَطَوِّعٌ،

أخرى فماتت الثانية فالرضاع للأولى لازم كما كانت، وإن ماتت الأولى فعليه أن يأتي بمن ترضع مع الثانية. قال أبو الحسن: عبد الحق: هذا إن علمت حين الإجارة أن معها غيرها، وإن لم تعلم فلا كلام لها لأنها دخلت على أن ترضع وحدها وكذلك ذكر حمديس.

فرع: قال في المدونة: وإذا مرضت الظئر مرضاً لا تقدر معه على الرضاع فسخت الإجارة، ولو صحت في بقية منها أجبرت على الرضاع بقيتها ولها من الأجر بقدر ما أرضعت، وليس أن ترضع ما مرضت قال غيره: إلا أن يكون الكراء انفسخ بينهما فلا تعود قال ابن القاسم: وإن تمادى بها مرضها حتى مضى وقت الإجارة فلا تعود إلى رضاع. أبو الحسن: مفهوم كلامه ولو كان مرضاً تقدر معه على الرضاع لم ينفسخ وإن كان يضر به وليس كذلك. قال اللخمي: تفسخ الإجارة بمرضها إن لم يرج برؤها عن قرب، فإن كان يرى أنه لا يذهب عن قرب ثم تبين خلاف ذلك وذهب قريباً لم تنقض الإجارة إن لم يكونا تفاسخا، ويختلف إن كانا تفاسخا هل ذلك حكم مضى أو يرد لأنهما أخطآ فيما ظنا. أبو الحسن: وإن كان يذهب عن قرب فلا تفسخ الإجارة، وظاهر قوله فيها ولو صحت في بقية المدة أجبرت سواء فسخت الإجارة أو لم تفسخ فيكون قول الغير خلافاً. وقد اختلف الشيوخ في ذلك هل هو خلاف أو تفسير، ويكون معنى قول ابن القاسم أجبرت ما لم يتفاسخا انتهى. قلت: وهذا هو الظاهر وسيذكر المصنف مسألة مرض المرضعة في آخر الباب.

فرع: قال أبو الحسن: اللخمي: إن تكفلت قبل الإجارة ووجب سجنها سجنت. ثم ينظر في فسخ الإجارة حسبما تقدم في موضعها. وإن تكفلت بعد الإجارة لم تسجن لأن ذلك تطوع يمنع من قبض ما باعته انتهى. وقد تقدم في باب الضمان نحو هذا وأوسع منه فانظره. ص: **(وموت أبيه ولم تقبض أجرة إلا أن يتطوع بها متطوع)** ش: قال في المدونة: وإن مات الأب ولم يدع مالاً ولم تأخذ الظئر من إجارتها شيئاً فلها فسخ الإجارة، ولم تطوع رجل بأدائها لم تفسخ وما وجب للظئر فيما مضى ففي مال الأب وذمته ولا طلب فيه على الصبي انتهى. قال ابن يونس: ولو قبضت إجارتها ولم يدع الأب شيئاً لم يكن للورثة أن

(وموت أبيه ولم تقبض أجرة وإلا أن يتطوع بها متطوع) من المدونة: وإن هلك الأب فحصة باقي المدة في مال الولد، قدمه الأب أو لم يقدمه، وترجع حصة باقي المدة إن قدمه الأب ميراثاً لأن ذلك نفقة الصبي قدمها الأب لم تكن تلزمه إلا ما دام حياً، فإذا مات انقطع عنه ما كان يلزمه من أجر الرضاع وليس ذلك بعطية وجبت إذ لو مات الصبي لم يورث عنه وكان ذلك للأب خاصة دون أمه، ففارق الضمان في الذي يقول لرجل: اعمل لفلان عملاً أو بعه سلعتك والثمن لك علي فالثمن في ذمة الضامن إن مات، فلا طلب على المبتاع ولا على الذي عمل له. ابن يونس: والفرق بينهما إن

وَكَظُهُورِ مُسْتَأْجِرٍ أُوجِرَ بِأَكْلِهِ أَكُولاً، وَمُنِعَ زَوْجٌ رَضِيَ مِنْ وَطْءٍ وَلَوْ لَمْ يَضُرَّ

يفسخوا الإجارة، ويأخذوا منها حصة باقي المدة ولكن يتبعون الصبي بما ينوبهم من أجرة باقيها، وهذا استحسان وتوسط بين القولين انتهى. وقال في المدونة قبل ذلك: وإن هلك الأب فحصة باقي المدة من الأجر في مال الولد. قدمه الأب أو لم يقدمه، وترجع حصة باقي المدة من الأجرة إن قدمه الأب ميراثاً، وليس ذلك عطية وجبت إذ لو مات الصبي لم تورث عنه وكانت للأب خاصة دون أمه ففارق معنى الضمان انتهى. قاله في النكت. وهذا بخلاف ما إذا قدم الأب أجرة تعليم ولده ثم مات فإنها لا تكون ميراثاً، والفرق بينهما أن التعليم لا يلزم الأب فلما أوجبه على نفسه لزمه حياً وميتاً، وأما أجرة الرضاع فهي واجبة على الأب فإنما قدم ما يلزمه فإذا مات سقط ذلك إلا أن يعلم أن الأب قدم ذلك للولد خوف الموت فيكون عطية أوجبها في صحته. فلا سبيل إلى أن تكون ميراثاً وتستوي إجارة الظئر وإجارة التعليم، وأعرف نحو هذا التفسير لابن المواز. انتهى ص: **(وكظهور مستأجر استؤجر كله أكولاً)** ش: يعني أن الإجارة تنفسخ بذلك، ويريد إلا أن يرضى الأجير بطعام مثله، وليس للأجير أن يجبره على ذلك لئلايضر به بعض الأصحاب، ويحتمل أن يعطيه طعاماً وسطاً كمن استؤجر على حمل رجلين لم يرهما فأتى بهما عظيمين فلا يلزمه حملهما ويأتي بالوسط وفيه نظر، لأن المحمول لا يتعين فلذلك لزم فيه الوسط. قاله في كتاب النفقات من التوضيح والله أعلم. ص: **(ومنع زوج رضي من وطء ولو لم يضر)** ش: فإن تعدى ووطىء فلأب الرضيع فسخ الإجارة لما يتقى من الضرر. قاله مالك وابن القاسم وخالفهما ابن الماجشون ولم يفسخه من الوثائق. انتهى

أجر الرضاع لم يلزم الأب فإذا قدمه وهو يظن أن الصبي يحيا وأن ذلك لازم له، فلما مات الصبي بان أن ذلك لم يكن يلزمه فوجب أن يرجع فيه. والذي قال: بع من فلان سلعتك والثمن لك علي هو متطوع بذلك ولم يكن يلزمه، فلما تطوع به وضمن للبائع ثمن سلعته لزمه ما تطوع به ولم تكن له حجة. قال في المدونة: وإن مات الأب ولم يدع مالاً ولم تأخذ الظئر من إجارتها شيئاً فلها فسخ الإجارة، ولو تطوع رجل بأدائها لم تفسخ يريد ولو قبضت أجرتها ثم مات الأب ولم يدع شيئاً لم يكن للورثة أن يفسخوا الإجارة ويأخذ منها حصة باقي المدة، ولكن يتبع الصبي بما ينوبهم من أجرة باقي المدة. ابن يونس: وهذا أيضاً استحسان وتوسط بين القولين، ثم نقل ابن يونس بعد هذا أن من استأجر لابنه معلماً فمات الأب فإن ذلك للابن بخلاف أجر الرضاع. وانظر إذا مات الصبي هل تفسخ الإجارة من ابن عرفة **(وكظهور مؤجر أوجر بأكله أكولاً)** ابن يونس: إن وجد الأجير الذي استأجره بطعام أكولاً خارجاً عن عادة الناس في الأكل فقال في المبسوط: له أن يفسخ إجارته: ابن يونس: لأنه كعيب وجده به إلا أن يرضى الأجير بطعام وسط، وأما إن تزوج امرأة فوجدها أكولة خارجة عن الناس فليس له فسخ نكاحها، فإما أشبعها أو طلق لأن المرأة لا ترد إلا من العيوب الأربعة فهو كما لو وجدها عوراء أو سوداء ولو شاء لاستثبت **(ومنع زوج رضي من وطء)** تقدم نص المدونة

وَسَفَرٍ كَأَنْ تُرْضِعَ مَعَهُ، وَلاَ يَسْتَتْبِعُ حَضَانَةً: كَعَكْسِهِ، وَبَيْعُهُ سِلْعَةً عَلَى أَنْ يَتَّجِرَ بِثَمَنِهَا سَنَةً، إِنْ شَرَطَ الْخُلْفَ:

من المسائل الملقوطة، وأظن أن مراده وثائق الجزيري أو الوثائق المجموعة والله أعلم. ص: **(وسفر)** ش: قال أبو الحسن: قال ابن عبد الحكم: إذا أراد الزوج السفر بها فإن أجرت بإذنه لم يكن له ذلك، وإن كان بغير إذنه كان له فسخ الإجارة.

فرع: قال في المدونة: وإن سافر الأبوان فليس لهما أخذ الصبي إلا أن يدفعا إلى الظئر جميع الأجرة أبو الحسن عن ابن يونس: كلما صنعت الظئر أو والد الصبي مما تنفسخ به الإجارة فليس له ذلك إلا بالطوع من الآخر، وكل ما نزل بهما من أمر من الله مما لا صنع لهما فيه فهذا يفسخ الإجارة وإن كره الآخر.

فرع: قال المشذالي: نزلت هذه المسألة آجرت نفسها بغير إذن زوجها ولم يعلم إلا بعد مدة فتنازعت معه لمن يكون ما أخذت في أجرة رضاعها، فوقع الحكم بأن ما مضى من المدة لها بحسابه وله فسخ الإجارة فيما يستقبل ولا حجة للزوج بأنه ملك منافعها فباعتها بغير إذنه، لأنه ليس له عليها إلا منافع الأشياء الباطنة انتهى. ص: **(وبيعه سلعة على أن يتجر بثمنها سنة)** ش: قال الشارح: أي وهكذا يجوز أن يبيع له سلعة على أن يبيع تلك السلعة ويتجر بثمنها سنة. انتهى. قلت: قوله: «على أن يبيع تلك السلعة» ليس هو من تمام صورة المسألة بل هو مفسد للعقد إن وقع كذلك، وصورة المسألة التي أشار إليها المصنف هي أن يبيع له سلعة

أنه ليس لزوجها وطؤها إن آجرت نفسها بإذنه، أخذ الشيوخ من هذا أن من اختلعت لزوجها على رضاع ولده لا تتزوج حتى تتم رضاعه **(ولو لم يضر)** أصبغ: إن لم يشترطوا عليه ترك الوطء لم يمنع إلا أن يتبين ضرر ذلك على الصبي لأن رسول الله ﷺ هم أن ينهى عن الغيلة فلم ينه عنها. ابن حبيب: وقول ابن القاسم أحب إلي، اشترط ذلك أو لم يشترطه. ألا ترى أن الزوج لا يكون مولياً باليمين لتركه **(وسفر)** ابن عبد الحكم: وكذا إن أراد الزوج أن يسافر بها فإن آجرت نفسها بإذنه لم يكن لها ذلك، وإن كان بغير إذنه فله ذلك وتنفسخ الإجارة **(كأن ترضع معه)** من المدونة قال ابن القاسم: ولو آجرها على رضاع صبي لم يكن لها أن ترضع مع غيره. راجع ابن عرفة. وكراؤه هذا من نحو أجير على مائة من الغنم إن عدّ غيرها معها إن لم يضر بالأولى إلا أن يشترط عليه أن لا يرعى معها غيرها فإنه يلزمه الوفاء **(ولا يستتبع حضانة كعكسه)** ابن شاس: الأجرة على الاسترضاع لا توجب الحضانة والعكس. ابن عرفة: لعدم استلزام الدلالة على الآخر كالخياطة والطرز **(وبيعه سلعة على أن يتجر بثمنها سنة إن شرط الخلف)** من المدونة قال مالك: من باع لرجل سلعة على أن يتجر له بثمنها سنة، فإن شرط في العقد إن تلف المال أخلفه له البائع حتى يتم عمله بها سنة جاز ذلك وإلا لم يجز، فإن شرط ذلك فضاعت الدنانير فللبائع أن يخلفها حتى تتم السنة، فإن أبى قيل للأجير: اذهب بسلام. وكذلك لو استأجرت رجلاً يعمل لك بهذه المائة دينار سنة جاز ذلك إذا شرطت عليه

كَغَنَمٍ لَمْ تُعَيَّنْ، وَإِلاَّ فَلَهُ الْخُلْفُ عَلَى آجِرِهِ:

بثمن على أن يتجر له بثمنها سنة كما ستقف عليه في كلام المدونة في القولة التي بعد هذه والله أعلم. ص: (**كغنم لم تعين وإلا فله الخلف على آجره**) ش: كذا في كثير من النسخ بـ«لم» قبل الفعل المضارع المبني للمفعول وهي مشكلة لاقتضائه أن الغنم إذا لم تعين لا تجوز الإجارة عليها إلا بشرط الخلف وليس كذلك، ويصير قوله: «وإلا فله الخلف» لا معنى له لأنه إن حمل على أن المعنى وإن عينت فله الخلف ويريد مع عدم الشرط فليس بصحيح لأن العقد فاسد إذا لم يشترط الخلف في المعينة، وإن أريد مع الشرط فيكون مستغنى عنه. وقد تكلف البساطي رحمه الله في توجيه ذلك فقال: التشبيه وقع بين الغنم إذا لم تعين، وبين التجر بثمن السلعة سنة مع شرط الخلف في أن على المالك الخلف لا في صحة الإجارة بالشرط وعدم صحتها مع عدمه، يعني أن الغنم إذا لم تعين صحت الإجارة عليها وإن لم يشترط الخلف والحكم أنه يقضى عليه بالخلف بخلاف المعينة فإنها لا تصح إلا بشرط الخلف فافهمه فإنه كاللغز. ويحتمل أن يكون التشبيه في الجواز أي يجوز كذا كما يجوز الاستئجار على رعي

إن ضاعت أخلفتها له، فإن ضاعت كان لك أن تخلفها أو ندع وقد لزمتك الأجرة، وإن لم يشترط ذلك في أصل الإجارة لم يجز. قال مالك: وكذلك إن آجره يرعى له غنماً بعينها سنة وإن شرط عليه في العقد أن ما هلك منها أو باعه أو ضاع ذلك أخلفه جاز ذلك وإلا لم يجز، فإن شرط ذلك فضاع منها شيء قيل للأجير أوف الإجارة وخير رب الغنم في خلف ما ضاع أو تركه. قال ابن القاسم: ولو آجره على رعاية مائة شاة غير معينة جاز، وإن لم يشترط خلف ما مات منها وله خلف ما مات بالقضاء، وإن كانت معينة فلا بد من الشرط فيها. وقال سحنون: يجوز في المعينة من غنم أو دنانير وإن لم يشترط خلف ما هلك والحكم يوجب خلف ما هلك. ابن حبيب: وقاله ابن الماجشون وأصبغ وبه أقول. ابن يونس: وهو عندي أصوب لأن الأشياء المستأجر عليها لا تتعين لو استأجر على حمل طعام أو شراب ما يحتاج إلى شرط خلفه إن هلك والحكم يوجب خلفه، وكذلك في المدونة وكتاب محمد. الباجي: لو استأجره على حصد زرع معين فهلك فقال أشهب: تنفسخ الإجارة. وقال ابن القاسم: لا تنفسخ. ابن عرفة: هذا من ابن القاسم خلاف لقوله إن تعذر الحرث بنزول المطر سقط الأجر. قال ابن القاسم: وإن تعذر الحرث بكسر المحراث أو بموت الدابة لم يسقط أجره. وقال سحنون: إن منع أجير البناء أو الحصاد أو عمل ما مطر لم يكن له إلا بحساب ما عمل من النهار. وقال غيره: له كل الأجر. ابن عرفة: لا يدخل هذا الخلاف في نوازل تونس لأن العرف تقدر عندهم بفسخ الإجارة بكثرة المطر ونزول الخوف اهـ. انظر قول ابن عرفة أنه يحكم بالعرف هل يكون؟ ومن هذا المعنى ما صدرت به فتوى شيخي ابن سراج رحمه الله أن المكتري إذا شرط أن لا يغرم كراء إن أفسدت النصارى الغلة أن له شرطه. ومن ابن يونس: من بعث معه بخادم يبلغها موضعها بأجر فماتت فله الإجارة كلها ويستعملها في مثل هذا (**كغنم عينت**) تقدم نص المدونة عن مالك: وكذلك من آجره يرعى له غنماً بعينها (**وإلا فله الخلف على آجره**) تقدم قول ابن القاسم: لو آجره على رعاية مائة

كَرَاكِبٍ، وَحَافَتَيْ نَهْرِكَ لِيَبْنِيَ بَيْتاً، وَطَرِيقٍ فِي دَارٍ

غنم لم تعين، وذكر لفظ المدونة الآتي قال: وقوله: «وإلا فله الخلف» معناه على الأول أنه يقضى عليه بالخلف في غير المعينة، وإن عينت مع الشرط فله أن يأتي بالخلف أو يدفع جميع الأجرة ومعناه على الثاني أن الاستئجار على الغنم المعينة لا يجوز يعني إلا بشرط الخلف وهو على أجره الأول انتهى. وهو في غاية التكلف بعيد الملاءمة لكلام المصنف. وفي بعض النسخ المصححة: «كغنم عينت» بالفعل الماضي المبني للمفعول «وإلا فله الخلف على آجره» وهذه لا إشكال فيها ومعناها أن الغنم إذاكانت معينة فإنه تجوز الإجارة على رعيها إذا شرط الخلف، وإن لم تكن معينة فلا يحتاج إلى شرط وله الخلف على آجره، يريد أو يدفع له الأجرة كاملة، قال في كتاب أوائل الإجارة من المدونة: ومن باع من رجل سلعة بثمن على أن يتجر له بثمنها سنة كان كمن آجره على أن يتجر له بهذه المائة سنة أو يرعى له غنماً بعينها سنة، فإن شرط في العقد خلف ما هلك أو تلف جاز وإلا لم يجز، فإن شرط ذلك فهلك من ذلك شيء فأبى ربه من خلفه قيل له: أد الإجارة واذهب بسلام وتكون له أجرته تامة، ولو آجره على رعاية مائة شاة غير معينة جاز وإن لم يشترط خلف ما مات منها، وله خلف ما مات منها بالقضاء فإن كانت معينة فلا بد من الشرط انتهى. وكلام المصنف كما ترى مطابق لهذا على النسخة الثانية. وقوله: «على آجره» أتى به لزيادة البيان وإلا فمعلوم أن الذي له الخلف إنما هو الآجر أعني رب الغنم والله أعلم، وبقية الكلام على شروط المسألة وتفريعاتها مبسوط في شرح المدونة. وذكروا من جملة شروط المسألة أن لا يشترط عليه أن يتجر بالربح بخلاف أولاد الغنم يجوز أن يشترط عليه أن يرعى أولادها قالوا: لأن الربح مجهول وما تلده الغنم معروف. والذي يظهر أنه غير معروف لاحتمال ولادتها واحداً أو أكثر إلا أنه أقل غرراً من الثمن فتأمله. **ص: (كراكب) ش:** يعني أن الراكب إذا تعذر ركوبه فإنه لا ينفسخ الكراء ويلزمه أو ورثته إن مات أن يأتوا بالخلف أو يدفعوا جميع الأجرة فإنه لا يتعين بالتعيين والله أعلم. **ص: (وطريق في دار) ش:** إذا كان

غير معينة جاز وإن لم يشترط الخلف، وله خلف ما مات بالقضاء **(كراكب)** من المدونة قال مالك: إذا تكارى قوم دابة ليزفوا عليها عروساً ليلتهم فلم يزفوها تلك الليلة فعليهم الكراء، وإن أكرى دابة ليشيع عليها رجلاً إلى موضع سماه معلوم أو ليركبها إلى موضعه سماه فبداله أو للرجل لزمه الكراء، وليكر الدابة إلى موضع في مثل ما اكترى. وإن اكتراها ليركب يومه بدرهم فأمكن منها فتركها حتى مضى اليوم لزمه الكراء، وإن اكتراها إلى الحج أو إلى بيت المقدس أو إلى مسجد النبي ﷺ فعاقه مرض أو سقط أو مات أو عرض له غريم حبسه في بعض الطريق فالكراء له لازم، وله أو لورثته كراء الدابة في مثل ما اكترى من مثله ويكون صاحب الإبل أولى بما على إبله من الغرماء **(وحافتي نهرك ليبني بيتاً وطريق في دار أو مسيل مصب مرحاض لا ميزاب إلا لمنزلك في أرضه)** لو قال: «وطريق

وَمَسِيلِ مَصَبِّ مِرْحَاض، لاَ مِيزَاب، إِلاَّ لِمَنْزِلِكَ فِي أَرْضِهِ، وَكِرَاءُ رَحَى مَاء بِطَعَام، أَوْ غَيْرِهِ، وَعَلَى تَعْلِيمِ قُرْآنٍ مُشَاهَرَةً، أَوْ عَلَى الْحِذَاقِ، وأخذَهَا، وَإِنْ لَمْ تُشْتَرَطْ. وَإِجَارَةُ مَاعُون: كَصَحْفة، وَقِدْر،

يصل بذلك إلى منفعة. أبو الحسن عن أشهب: وإلا فهو أكل المال بالباطل. **ص: (أو مسيل مصب مرحاض) ش:** قال في المحكم: المرحاض المغتسل ومنه قيل لموضع الخلاء مرحاض. **ص: (وكراء رحا ماء بطعام) ش:** نحوه في الإجارة من المدونة. قالوا: نبه عليه لكون الطحن بالماء فربما يتوهم في الماء أنه لا يباع بطعام أو أن الرحا لما كانت متشبثة بالأرض فيكون من كراء الأرض بالطعام. المشذالي: ونحوه كراء المعصرة بالزيت والملاحة بالملح والله أعلم. **ص: (أو على الحذاق) ش:** بالذال المعجمة كذا في الصحاح وغيره.

في دار رجل أو مسيل مصب ماء ميزاب لا ماء ميزاب في أرضه» لناسب ما يتقرر فانظره أنت. من المدونة. قال ابن القاسم: ولا بأس أن تؤاجر حافتي نهرك لمن يبني عليه بيتاً أو ينصب عليه رحاً قال: ويجوز أن يستأجر طريقاً في دار رجل. قال: وجائز أن تستأجر مصب مرحاض من دار رجل، وأما مسيل ماء ميزاب المطر من دار رجل فلا يعجبني لأن المطر يقل ويكثر ويكون ولا يكون. ابن يونس: وحكى عن بعض شيوخنا أنه قال: إنما افترق جوابه في مسألة مسيل المرحاض ومسيل الميازيب لافتراق السؤال، وأما إذا اتفق فلا فرق بينهما وذلك لأن الذي استأجر مسيل المرحاض إنما استأجر مسيل المرحاض من دارك على دار صاحبه فذلك كطريق استأجرها، وأما مسيل ماء الميزاب فإنما اكترى الماء الذي يسيل منها، وأما لو استأجر جواز الماء عليه فهي كمسألة جواز مصب مرحاض. **(وكراء رحى ماء بطعام وغيره)** من المدونة قال مالك: ولا بأس بإجارة رحى الماء بطعام وغيره. قال ابن القاسم: فإن انقطع عنها الماء فهو غرر تفسخ به الإجارة، وإن رجع الماء في بقية المدة لزمه باقيها كقول مالك في العبد المستأجر يمرض ثم يصح **(وعلى تعليم قرآن مشاهرة أو على الحذاق)** من المدونة قال ابن القاسم: ولا بأس بالإجارة على تعليم قرآن كل سنة أو كل شهر بكذا، أو على الحذاق للقرآن بكذا، أو على أن يعلمه القرآن كله أو سدسه بكذا. وروى ابن وهب: ولا بأس أن يشترط مع أجره شيئاً معلوماً كل فطر وأضحى **(وأخذها وإن لم تشترط)** سئل سحنون عن المعلم يعلم الصبيان بغير شرط فيجري لهم الدرهم والدرهمين كل شهر ثم يحذقه المعلم فيطلب الحذقة ويأبى الأب ويقول حقك فيما قبضت فقال: ينظر إلى سنة البلد فيحملون عليها، وليس في الحذقة حدّ معروف إلا على قدر الرجل وحاله. قال: وإذا بلغ الصبي عند المعلم ثلاثة أرباع القرآن فقد وجبت له الحذقة بمنزلة المدبر وأم الولد للسيد انتزاع أموالهما ما لم يتقارب عتقهما بمرض السيد فلا ينتزع منهما شيئاً اهـ. انظر إذا شرط الإمام أضحية فعزل قبل يوم العيد. ابن حبيب: نحن نوجب حق الحذقة ونقضي بها للمعلم **(وإجارة ماعون كقصعة وقدر)** من المدونة: تجوز إجارة الآنية والقدر والصحاف. ابن العطار: ولا يجوز كراء ما لا يعرف بعينه مثل قدر الفخار. ابن عرفة هذا قصور ثم قال: ومن قرأ يسيراً من الفقه تيقن أن لا مناقضة بين قولها القدور والصحاف تعرف بعينها وبين مقتضى قولها بعض ما لا يعرف

وَعَلَى حَفْرِ بِئْرٍ إِجَارَةً، وَجَعَالَةً، وَيُكْرَهُ: حَلْيٌ

وقال الشيخ زروق: الحِذاق بكسر الحاء والدال المهملتين، انتهى وفيه نظر فإني لم أره لغيره.

ص: **(وعلى حفر بئر إجارة وجعالة)** ش:ويجوز الجعل سواء كانت في ملك الجاعل أم لا عند ابن القاسم خلافاً لابن المواز. ذكره الشيخ خليل في باب الجعل في شرح قول ابن الحاجب. وفي جوازه في الشيء الكثير قولان. وانظر الشيخ زروق في شرح قول الرسالة: ولا يضرب في الجعل أجل في رد آبق، فإنه اقتصر على قول ابن المواز. ونقل ابن عرفة في آخر كتاب الجعل عن المتيطي أن الجم الغفير على هذا القول أعني قول ابن المواز. وقال قبله بنحو الورقتين: إن الجعل على الحفر لا يكون فيما يملكه الجاعل على المشهور. ذكره إثر الكلام الآتي ذكره فراجعه والله أعلم. وذكر شرطين آخرين: أحدهما اختبار الأرض في لينها وقساوتها، والثاني استواء الجاعل والمجعول له في العلم بها والجهل وهذان الشرطان متدافعان كما يظهر لأن الأول يقتضي أن من شرط الجعل العلم بحال الأرض، والثاني يقتضي أن شرط الجعل استواء الجاعل والمجعول له في العلم بها أو الجهل، ويفهم من كلام ابن عبد السلام أن الأول اشترطه في المدونة، والثاني اشترطه في العتبية فهما قولان، قال ابن عرفة في باب الجعل: ابن الحاجب: العمل كعمل الإجارة إلا أنه لا يشترط كونه معلوماً فإن مسافة الآبق والضالة غير معلومة. ابن عبد السلام: كلامه يوهم العموم في كل أنواع الجعالة وليس كذلك مذهب المدونة لا يجوز الجعل في حفر البئر إلا بعد خبرتهما الأرض معاً. وشرط في العتبية استواء حال الجاعل والمجعول له في العلم بحال الأرض.

قلت: عزوه للمدونة شرط الخبرة لا أعرفه في الجعل نصاً ولا ظاهراً، بل بلزوم يأتي محله إنما ذكره في الإجارة ولعله اعتمد في ذلك على ظاهر لفظ الصقلي قال ما نصه: قال

بعينه. راجعه فيه **(وعلى حفر بئر إجارة وجعالة)** من المدونة قال ابن القاسم: لو آجرته على حفر بئر من صفتها كذا ثم انهدمت فله بحساب ما عمل، ولو انهدمت بعد فراغها فله جميع الأجر، حفرها في ملكك أو في غير ملكك. ابن يونس: لأنها إجارة والإجارة تجوز في ملكك أو في غير ملكك من الفلوات إلا أن تكون بمعنى الجعل تجعل له دراهم معلومة على أن يحفر لك بئراً من صفتها كذا وكذا فحفر نصفها ثم انهدمت قبل فراغه فلا شيء له، وإن انهدم بعد فراغه فله الأجر. قال ابن القاسم: وهذه الأجرة فيما لا يملك من الأرضين. ابن يونس: يريد أنه جعل. قال ابن المواز: لا يكون الجعل في شيء إذا أراد المجعول له ترك العمل بعد أن يشرع يبقى من عمله شيء يتبع به الجاعل. قال أبو محمد: وهذا أبين فرق بين الجعل والإجارة. قال ابن المواز: فأما البناء والحفر فيما يملك من الأرضين فلا يجوز فيها إلا الإجارة **(ويكره حلي)** من المدونة قال ابن القاسم: لا بأس بإجارة حلي الذهب بذهب أو فضة واستثقله مالك مرة وخففه مرة أخرى. ابن يونس: قال مالك: ليس كراء الحلي من أخلاق الناس معناه أنهم كانوا يرون زكاة الحلي أن يعار فلذلك كرهوا

كَإِيْجَارِ مُسْتَأْجِرِ دَابَّة، أَوْ ثَوْب لِمِثْلِهِ،

مالك: لا بأس بالإجارة على حفر بئر بموضع كذا وقد خبرا الأرض وإن لم يخبراها لم يجز. قال يحيى بن يحيى عن ابن القاسم: إن عرفا الأرض بلين أو شدة أو جهلاها معاً جاز، وإن علم ذلك أحدهما وجهله الآخر لم يجز الجعل فيه. انتهى. وهذا كالنص في حمل مسألة المدونة على الجعل لذكره عليها نقل يحيى عن ابن القاسم في الجعل.

قلت: لفظها في الأم قلت: إن استأجرت من يحفر لي بئراً بموضع من المواضع: قال: إن خبروا الأرض فلا بأس، وإن لم يخبروها فلا خير فيه. كذا سمعت مالكاً وسمعته في الإجارة على حفر فقر النخل يحفرها إلى أن يبلغ الماء إن عرفا الأرض فلا بأس وإن لم يعرفاها فلا أحبه. قلت: فلفظ الإجارة مع ذكر فقر النخل كالنص في عدم الجعل لأن حفر فقر النخل إنما يكون في الأرض المملوكة دائماً أو غالباً، والجعل على الحفر على المشهور لا يكون فيما يملكه الجاعل، وتقدم نقل الشيخ عن محمد عن ابن القاسم إن كانت الأرض لمستأجر لم يجز فيها جعل على بئر أو حفر، وما نسبه لابن الحاجب من إيهام العموم مثله لفظ المقدمات والتلقين. اهـ كلام ابن عرفة بلفظه. ص: (كإيجار بعض مستأجر دابة أو ثوباً لمثله) ش: كذا في بعض النسخ وهي بينة موافقة لما في الإجارة من المدونة. وفي بعض النسخ «كإيجار مستأجر دابة أو لفظ لمثله» بـ«أو» العاطفة، ولفظ بلام الجر ولفظ من الفظاظة وهي عبارة غلقة، ولعله وقع فيها تقديم أو على لفظ غلطاً من الناسخ، ويكون أصلها «لفظ أو لمثله» ويكون المعنى أنه يكره أن يؤجرها لفظ أو لمثله ويكون المؤلف في عهدة أن إجارتها لفظ مكروه فإن الذي ذكره في كتاب الإجارة من المدونة أنه كره إجارتها لمثله أو أخف منه، وأما من هو أفظ منه أو ليس مثله في الأمانة فقد صرح اللخمي بأنه يكون متعدياً وظاهره المنع. ونص على المنع أبوالحسن الصغير وصرح به في العتبية عن أصبغ في سماع عيسى من كتاب الإجارة، فلو قال المصنف: «لمثله أو أخف» كان جارياً على

أن يكرى. (كإيجار مستأجر دابة أو ثوباً لمثله) من المدونة قال ابن القاسم: وإن استأجرت ثوباً تلبسه يوماً إلى الليل فلا تعطه لغيرك يلبسه لاختلاف اللبس والأمانة، فإن هلك بيدك لم تضمنه، وإن دفعته إلى غيرك ضمنته إن تلف. وقد كره مالك لمكتري الدابة لركوبه كراءها من غيره كان أخف منه أو مثله، فإن أكراها لم أفسخه، وإن تلفت لم يضمن إذا كان أكراها فيما اكتراها فيه من مثله في حالته وأمانته وخفته. ولو بدا له عن السفر أو مات أكريت من مثله، وكذلك الثياب في الحياة والممات وليس ذلك ككراء الحمولة والسفينة والدار. هذا له أن يكريها من مثله في مثل ما اكتراها له. ابن يونس: يريد في هذا أن ذلك له بغير كراهية وفي الثوب والدابة للركوب يكره له ذلك لاختلاف اللبس والركوب، فإن أكرى ذلك من مثله لم يفسخ ولم يضمن اهـ. وانظر في سماع عيسى أن من استأجر أجيراً يعمل له أن يؤاجره من غيره لأنه قد استحق منافعه.

....

لفظ المدونة ولمالك في كراء الرواحل إجازة كراء الدابة لمثله أو أخف.

تنبيه: ما ذكره من الكراهة إنما هو إذا اكتراها للركوب. قال في الإجارة منها. وكره مالك لمكتري الدابة لركوبه كراؤها من غيره كان مثله أو أخف منه، فإن أكراها لم أفسخه، وإن تلفت لم يضمن إن كان أكراها فيما اكتراها فيه من مثله في حاله وأمانته وخفته، ولو بداله عن السفر أو مات أكريت من مثله. وكذلك الثياب في الحياة والممات وليس ككراء الحمولة والسفينة والدار هذا له أن يكري ذلك من مثله في مثل ما اكتراها له. أبو الحسن عن ابن يونس: يعني من غير كراهة انتهى. وقيد اللخمي جواز كرائها إذا كانت مكتراة للحمل بأن يصحبها ربها في السفر، وأما إن كان المكتري هو الذي يسافر بها فهي بمنزلة التي للركوب، وكذلك ذكر ابن يونس عن ابن حبيب وقبله. وزاد ابن حبيب: إلا أن يكون ربها يعلم أن المكتري لا يسوقها بنفسه فلا حجة له وذكر اللخمي أنه إذا أراد كراءها من غيره وكان اكتراها للركوب أو للحمل لم يكن له ذلك حتى يعلم صاحبها، فإن أعلمه وسلم أن الثاني كالأول أكراها وإن كره. وإن خالف في ذلك رفع للحاكم فإن كان الأمر على ما قال صاحب الدابة منعه، وإن كان لا مضرة عليه أمضى كراءه ومكن الثاني، فإن لم يعلم صاحبها حتى سافر الثاني أو علم وغلبه نظر في ذلك؛ فإن كان الأمر لو رفع للحاكم مكنه من السفر لم يكن عليه شيء، وإن كان يمنعه من السفر كان على حكم المتعدي. فإن سلمت أخذه بفضل كراء الثاني عن الأول، وإن حدث عيب ضمنه إن كان العيب لأجل ركوبه، وإذا كان متعدياً في كرائها من الثاني فإن كان غير مأمون فادعى ضياعها ضمن الأول لأنه متعدٍ ولم يرجع على الثاني لأنه أذن له ولو كان الأول عديماً إلا أن يكون الثاني عالماً بتعديه ضمن لأنه متعد.

واختلف إن حدث عيب من غير سبب الركوب هل يضمنه الأول أو لا يضمنه، وكذلك إذا علم الضياع ببينة أو أكراها من مثله في الأمانة وأضر منه في الركوب وادّعى الضياع. هل يضمن أم لا، لأنه غير الوجه الذي تعدى به. ولا أرى أن يضمن الأول إلا أن يؤتى من سبب الوجه الذي تعدى به. انتهى من كراء الرواحل وعلم منه أنه إذا أعلم صاحبها عند كرائها من غيره لم يكره، وإن كراءه إياها لمن ليس مثله ممنوع لأنه جعله متعدياً والله تعالى أعلم. وقال في العمدة: ويجب تعيين المركوب لا الراكب، وله استيفاء المنفعة بنفسه أو بمثله خفة وحذقاً بالمسير. ثم قال: ومن اكترى داراً فله أن يسكنها أو يسكنها أو يؤجرها من مؤجرها أو أجنبي مثل الآجر أو أقل أو أكثر انتهى. وله نحوه في الإرشاد. قال الشيخ سليمان في شرح الإرشاد: قال في العمدة: ثم إن محل استيفاء المنفعة لا يتعين وإن عين، بل للمستأجر أن يستوفي المنفعة بنفسه وبغيره، وله أن يؤجر مؤجره وغيره بمثل الإجارة وبالأقل والأكثر. قال في شرحه: معناه إذا استأجر الرجل داراً ليسكنها أو دابة ليركبها ونحو ذلك لم يتعين عليه أن

يسكنها أو يركبها هو بنفسه، ولو عين نفسه للسكنى أو للركوب، بل له أن يسكنها أو يكريها لمن شاء ممن هو في رفقه في السكنى وفي خفته في الركوب وحذقه في المسير، وذلك لأنه قد ملك المنفعة بالعقد فله أن يملكها لمن شاء كسائر أملاكه، ولهذا يكون له إجارة ما استأجره ممن شاء بما شاء. هذا وقد قال في المدونة: وكره مالك لمكتري الدابة لركوبه كراءها لغيره وإن كان أخف منه أو مثله وإن أكراها لم أفسخه، وعلى هذا اقتصر خليل في مختصره انتهى. وقال ابن الحاجب: ولا يتعين الراكب ولو عين لم يلزم تعيينه وجعل مثله فأدنى. واستثقله مالك في الدابة خاصة إلا أن يموت أو يبدو له. انتهى.

فرع: لو شرط رب الدابة على المكتري أنه لا يكريها لغيره فكنت كتبت أولاً بأني لم أر الآن فيه نصاً صريحاً، والظاهر أنه يجوز له أن يكريها لمثله أو أخف ويبطل الشرط لما تقدم في كلام ابن الحاجب وصاحب العمدة أن ما يستوفى به لا يتعين ولو عين. وقال في كتاب الدور من المدونة: ومن اكترى داراً فله أن يكريها من مثله بأكثر من الكراء أو بأقل، ومن اكترى حانوتاً للقصارة فله كراؤه من حداد أو طحان أو غيره إلا أن يكون ذلك أكثر ضرراً بالبنيان فيمنع، وله ذلك في المساوي ثم قال: ومن اكترى بيتاً وشرط أن لا يسكن معه أحداً فتزوج أو ابتاع رقيقاً، فإن لم يكن في سكناهم ضرر على رب البيت لم يكن له أن يمنعه، وإن كان في سكناهم ضرر فله منعه، وقد تكون غرفة ضعيفة الخشب ونحوه فينظر في ذلك. انتهى. وقال في الوثائق المجموعة: وإن اكترى غرفة فشرط عليه ربها أن لا يسكن معه غيره فيها لضعف خشب الغرفة وما أشبهه فله شرطه انتهى. فإن كان إذا شرط أن لا يسكن معه غيره لا يوفي له بذلك إذا لم يكن فيه ضرر فمن باب أولى أن لا يوفي له إذا أراد أن يسكن من هو مثله فتأمله. ثم رأيت النص فيه نقله الشارح عن ابن يونس في شرح قوله: وشهر على أن يسكن يوماً لزم إن ملك البقية، في أول فصل جاز كراء حمام ونصه ابن يونس عن بعض القرويين: ظاهره أن العقد جائز وأنه بالخيار ما لم يسكن فإذا سكن انعقد الكراء في الشهر، فإن أراد إن سكنت فالكراء لي لازم وليس لي أن أكري من غيري كان هذا من بيع الشروط التي يبيع منه على أن لا يبيع ولا يهب، فهذا لو أسقطوا الشرط على أحد القولين تم الكراء، وأما إن شرط إن خرجت عاد المسكن للمكري وعليه جملة الكراء فهذا فاسد لا بد من فسخه لأنه غرر. انتهى.

فرع: قال في المدونة في مسألة كراء الثوب: فإن هلك بيدك لم تضمنه وإن دفعته إلى غيرك كنت ضامناً إن تلف، أبو الحسن: ظاهره ولو كان مثله. وقال سحنون: لا يضمن إذا كان مثله، ومسألة من اكترى فسطاطاً إلى مكة فأكراه من مثله في مثل حاجته إليه هي الأصل. وقال ابن القاسم فيها: ذلك جائز. قال في التوضيح: وفي استدلال سحنون نظر لأن

وَتَعْلِيمِ فِقْه، وَفَرَائِضَ: كَبَيْعِ كُتُبِهِ، وَقِرَاءَةٍ بِلَحْن، وَكِرَاءُ دُفّ، وَمِعْزَف لِعُرْس

الاختلاف في اللبس أكثر من الاختلاف في الفسطاط. ص: **(وتعليم فقه وفرائض) ش:** أي وتكره الإجارة على تعليم فقه وفراض، ونحوه في المدونة. اللخمي: ويجوز للمفتي أن يكون له أجر من بيت المال ولا يأخذ أجراً ممن يفتيه، وقد تقدم ذلك ونقله ابن عرفة وقال: قلت: في الأجر على الشهادة خلاف. وكذلك في الرواية وكذلك من يشغله ذلك عن جل تكسبه فأخذه الأجرة من غير بيت المال لتعذرها منه عندي خفيف، وهو مجمل ما سمعته من غير واحد عن بعض شيوخ شيوخنا وهو الشيخ أبو علي بن علوان أنه كان يأخذ الأجر الخفيف في بعض فتاويه انتهى. وفي باب الأقضية شيء منه. ص: **(وقراءة بلحن) ش:** حمله الشيخ بهرام على أن مراده ذكر كراهية القرآن بالألحان لأنه الذي ذكره هنا في المدونة إلا أنه يصير تكراراً مع قوله في فصل سجود وقراءه تلحين. وحمله البساطي على أن مراده ذكر كراهة الإجارة على تعليم القرآن بالألحان قال: لأنه الآن ليس في عد المكروهات من غير هذا الباب، وهذا الثاني هو الأنسب بسياق كلام المؤلف. وكان الحامل للشارح على حمله على الأول أنه لم يصرح في المدونة بكراهة الإجارة عليها، وهو إن كان كذلك قد يؤخذ من كونه مكروهاً أن تكون الإجارة عليه مكروهة والكلام في كون الكراهة في كلام مالك على بابها أو على المنع تقدم في سجود التلاوة. واللحن بسكون الحاء ذكره البساطي وغيره.

فرع: قال في المدونة: وأكره الإجارة على تعليم الشعر والنوح أو على كتابة ذلك أو إجارة كتب فيها ذلك أو بيعها. عياض: معناه نوح المتصوفة وأناشيدهم المسمى بالتغني على طريق النوح والبكاء، ورواه بعضهم نحواً وهو غلط وخطأ انتهى.

فرع: قال القرطبي في شرح أوائل مسلم: واعلم أن أخذ الأجرة والجعل على ادعاء علم الغيب أو ظنه لا يجوز للإجماع على ما حكاه أبو عمر بن عبد البر. انتهى ص: **(ومعزف)**

(وتعليم فقه وفرائض كبيع كتبه وقراءة بلحن) من المدونة قال ابن القاسم: أكره الإجارة على تعليم الفقه والفرائض لأن مالكاً كره بيع كتب الفقه والشرط على تعليمها أشد. ابن يونس: وقد أجاز غيره بيع كتب الفقه فكذلك الإجارة على تعليمها جائز على هذا. ابن يونس: الصواب جواز الإجارة على تعليم ذلك. قال ابن القاسم: وأكره الإجارة على تعليم الشعر والنوح. ابن يونس: يعني التغني. قال في المدونة: وقد كره مالك القراءة بالألحان فكيف بالغناء! وكره مالك بيع الأمة بشرط أنها مغنية. قال ابن القاسم: فإن وقع فسخ البيع. قال سحنون: وينبغي أن تباع ولا يذكر غناؤها فإذا تم البيع ذكر ذلك فإما رضيها المبتاع أو ردّها. وفي كتاب ابن المواز: لا تردّ إلا أن يشترط ذلك في البيع فيفسخ **(وكراء دف ومعزف لعرس)** من المدونة قال ابن القاسم: لا ينبغي إجارة الدف والمعارف كلها في العرس، وكره ذلك مالك وضعفه. قال ابن يونس: يريد ضعف قول من يجيز ذلك. ابن يونس: وأما الدف الذي أبيح ضربه في العرس ونحوه فينبغي أن تجوز إجارته. وقال

وَكِرَاءُ: كَعَبْدٍ كَافِرٍ،

ش: بكسر الميم. عياض: المعازف عيدان الغناء. ص: (وكراء عبد لكافر) ش: كذا في بعض النسخ بإضافة «كراء» لعبد واحد العبيد وجر «كافر» باللام وفي بعضها «وكراء لعبد كافر» بإدخال اللام على «عيد» واحد الأعياد، وإضافته لكافر وكلاهما واضح. وفي بعضها «وكراء كعبد كافر» بإدخال كاف التشبيه على «عبد» واحد العبيد وتجريد «كافر» من اللام والظاهر أنها ترجع للنسخة الأولى ويكون «كراء» مضافاً إلى «عبد» على أنه فاعله، وفصل بينهما بكعبد فيكون «كافر» مجروراً أو يكون «كراء» مضافاً إلى «كعبد» على عادة المصنف في الإضافة إلى المجرور بكاف التشبيه و«كافر» مرفوع على أنه فاعل «كراء». وما ذكره الشيخ رحمه الله من أن إجارة العبد المسلم للكافر مكروهة فإنما ذلك إذا لم يغب عليه، وأما إن كان يغيب عليه في بيته فلا يجوز لما في ذلك من المفاسد منها: استيلاء الكافر على المسلمين وإهانتهم والتمكن من إذايتهم وقد قال الله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾ [النساء: ١٤١] ومنها ما يخشى أنهم يفتنونهم عن دينهم والعياذ بالله لتمكنهم منهم، ومنها ربما أطعموهم شيئاً من المحرمات كالخمر والخنزير، ومنها أنهم يمنعونهم من الواجبات، ومنها ما يخشى من وطء الإماء فإن وقعت الإجارة على الصفة المذكورة فسخت. وقد ذكر ابن رشد في البيان أن إجارة المسلم نفسه من النصراني واليهودي على أربعة أقسام: جائزة ومكروهة ومحظورة وحرام، فالجائز لأن يعمل له المسلم عملاً في بيت نفسه كالصانع الذي يعمل للناس، والمكروهة أن يستبد بجميع عمله من غير أن يكون تحت يده مثل أن يكون مقارضاً أو مساقياً، والمحظورة أن يؤاجر نفسه في عمل يكون فيه تحت يده كأجير الخدمة في بيته وإجارة المرأة لترضع له ابنته في بيته وما أشبه ذلك، فهذه تفسخ إن عثر عليها، فإن فاتت مضت وكانت لها الأجرة. والحرام أن يؤاجر نفسه منه فيما لا يحل من عمل الخمر أو رعي الخنازير، فهذا يفسخ قبل العمل، فإن فات تصدق بالأجرة على المساكين، فإذا كان هذا في إجارة الحر نفسه فكيف في إجارة العبد، فلا شك أن إجارة العبد المسلم للكافر إذا كان يغيب عليه في بيته لا يجوز ويفسخ ويؤدب

عياض: قوله: «أكره الإجارة على تعليم الشعر والنوح» كذا هو ومعناه نوح المتصوفة وأناشيدهم على طريق النوح والبكاء المسمى بالتغفير. والمعازف عيدان الغناء لا يجوز ضربها ولا استئجارها وهي من أنواع البرابط والعيدان (**وكراء لعيد كافر**) من المدونة قال مالك: لا يكري مسلم دابته من أهل الذمة وهو يعلم أنهم لا يركبونها إلا لأعيادهم أو لكنائسهم، أو يبيع منهم شاة يعلم منهم أنهم إنما يذبحونها لذلك. وروى ابن القاسم أن مالكاً سئل عن أعياد الكنائس فيجتمع المسلمون يحملون إليها الثياب والأمتعة وغير ذلك يبيعون يبتغون الفضل فيها. قال: لا بأس بذلك. ابن رشد: وقد كره مالك أن تباع منهم الجزرة لأعيادهم وهو خلاف ما هنا إذ لا فرق، واختلاف قول مالك في هذا جارٍ على الاختلاف في أنهم متعبدون بالشريعة، فعلى القول في ذلك يكره معاونتهم على

وَبِنَاءُ مَسْجِد لِلْكِرَاءِ،

المستأجر والمؤجر أدباً يليق بحالهما والله أعلم. **ص: (وبناء مسجد للكراء) ش:** قال في التهذيب: ولا يصلح أن يبني مسجداً ليكريه ممن يصلي فيه أو يكري بيته ممن يصلي فيه، وأجاز ذلك في غيره في البيت انتهى. وقال ابن يونس: ولا يجوز لأحد أن يبني مسجداً ليكريه ممن يصلي فيه ثم قال: قال ابن القاسم: ومن آجر بيته لقوم ليصلوا فيه رمضان لم يعجبني ذلك كمن أكرى المسجد، وقال غيره: لا بأس بذلك في كراء البيت انتهى. ونقل ابن عرفة لفظ التهذيب مع زيادة ونصه وفيها: ولا يصلح أن يبني مسجداً ليكريه ممن يصلي فيه ولا بيته، وإجارتهما لذلك غير جائزة، وأجازه غيره في البيت. عياض: لأن ذلك ليس من مكارم الأخلاق. اللخمي: من بنى مسجداً ليكريه جاز.

قلت: اقتصاره على هذا دون ذكر قولها أنه لا يجوز غير صواب وإن وافق مفهوم نقل الصقلي عن سحنون إنما لم يجز كراء المسجد لأنه حبس لا يباع ولا يكرى، والبيت ليس مثله وكراؤه جائز. اللخمي: إن أكرى بيته أو داره ممن يصلي فيهما في أوقات الصلوات فقط كره لأنه ليس من مكارم الأخلاق، فإن نزل مضى وإن أخلى البيت وسلمه جاز. قال ابن عرفة قلت: هذا يخالف قوله: «من بنى مسجداً ليكريه جاز» إلا أن يريد ليكريه في غير الصلاة وهو بعيد انتهى. قال في التنبيهات: قوله في الرجل يبني مسجداً ليكريه ممن يصلي فيه جاز وكراهيته له في رواية ابن القاسم. وكذلك الذي آجر بيته من قوم ليصلوا فيه فلا يعجبني وهو كمن أكرى المسجد. وقول غيره في البيت لا بأس باستئجاره يصلي فيه وإجازته كراء الدار على أن تتخذ مسجداً بين هذه المسائل فرق، وأما الذي بنى مسجداً فأكراه، فلو أباحه للمسلمين لكان حبساً لا حكم فيه له ولا لأحد فيه، وإن كان لم يبحه وإنما فعل ذلك ليكتريه فليس من مكارم الأخلاق وهو معنى قوله والله أعلم في كراء المسجد: «لا يصلح» وفي كراء البيت: «لا يعجبني» وأنه يجوز له فعله كما أجاز إجارة المصحف لكنه ليس من مكارم الأخلاق وأفعال أهل الدين، وهذا معنى منع محمد عندي لإجارة المصحف انتهى. وقال أبو

العصيان ولا يكره ذلك على القول بأنه ليس بعاصٍ في ذلك إلا بعد الإيمان، وعلى هذا أجاز في سماع زونان أن يسير بأمه إلى الكنيسة **(وبناء مسجد للكراء وسكنى فوقه)** من المدونة: لا يصلح لأحد أن يبني مسجداً ليكريه ممن يصلي فيه، وقد كره مالك أن يبني الرجل مسجداً ثم يبني فوقه بيتاً يسكنه بأهله، يريد لأنها إذا كانت معه صار يطؤها على ظهر المسجد وذلك مكروه. قال ابن القاسم: ومن آجر بيته من قوم يصلون فيه رمضان لم يعجبني ذلك. وقال غيره: لا بأس بذلك. ابن يونس: هذا صواب. وقال بعض العلماء: إنما أراد ابن القاسم أن يدفع إليهم البيت وقت الصلاة فقط، وإن كان إنما أسلمه إليهم فذلك جائز كالذي أجر أرضه عشر سنين على أن يبنيها مكتريها مسجداً أجازه ابن القاسم.

وَسُكْنَى فَوْقَهُ

الحسن في الكبير: وانظر قوله: «لا يصلح» هل هو على الكراهة أو على المنع؟ فعلى ما نقل ابن يونس عن سحنون هو على المنع لأنه قال: إنما لم يجز في المسجد لأنه حبس لا يباع ولا يكرى وعلى ما تقدم لعياض هو على الكراهة لأنه قال: ليس هو من مكارم الأخلاق انتهى. يشير إلى ما تقدم عن التنبيهات ولم يثبت عنده زيادة. ابن عرفة: وثبتت عند ابن ناجي فقال: قوله: «لا يصلح» على التحريم لزيادته فيها وإجارتهما لذلك غير جائزة انتهى. وعلى كل حال فأكثر عبارات أهل المذهب عدم الجواز لا الكراهة كما قال المصنف. وقال أبو الحسن في التقييد الصغير إثر قوله في التهذيب: وأجاز ذلك غيره في البيت. الشيخ: وأجاز هو وغيره أن يكري الأرض ممن يتخذها مسجداً عشر سنين، فالمسجد في طرف والأرض لتتخذ مسجداً في طرف والبيت بينهما واسطة انتهى. وحكى الأصحاب في التوفيق بين ابن القاسم والغير في البيت وجهين: أحدهما: أن الغير تكلم بعد الوقوع وابن القاسم قبل الوقوع. الثاني: أن قول ابن القاسم فيما إذا كان يكريه منهم في أوقات الصلاة فقط ويرجع إليه في غيرها، وقول الغير فيما إذا كان يكريه منهم لينتفعوا به مدة كرائه للصلاة وغيرها وفيما شاؤا مما هو من جنس الصلاة. انظر أبا الحسن واللخمي والله أعلم. ص: (وسكنى فوقه) ش: هذا الكلام موافق لظاهر ما في الجعل والإجارة من المدونة، ولظاهر كلام ابن يونس، ومخالف لظاهر ما يأتي للمصنف في إحياء الموات، ولظاهر كلام ابن شاس هناك أيضاً ولتابعيه القرافي وابن الحاجب، أما المدونة ففي التهذيب في ترجمة الإجارة على القصاص: وكره مالك السكنى بالأهل فوق ظهر المسجد. قال أبو الحسن في الكبير: ونقلها ابن يونس. وقد كره مالك أن يبني الرجل مسجداً ثم يبني فوقه بيتاً يسكنه بأهله. ابن يونس: يريد لأنها إذا كانت معه صار يطؤها على ظهر المسجد وذلك مكروه، وذكر مالك أن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه كان يبيت على ظهر المسجد بالمدينة في الصيف فكان لا يقرب فيه امرأة. انتهى. وقال ابن الحاجب في إحياء الموات: ويجوز للرجل جعل علو مسكنه مسجداً ولا يجوز جعل علو سفله مسجداً ويسكن العلو لأن له حرمة المسجد، ونحوه في الذخيرة وفي الجواهر. قال في التوضيح: نحوه في المدونة في باب الصلاة والواضحة. وفي كتاب الجعل من المدونة: وكره مالك السكنى إلى آخره. قال: فإن قلت: فقد صرح بالكراهة هنا خلاف ما في الواضحة؟ قيل: الظاهر حملها على المنع توفيقاً بين النقلين. انتهى كلامه في التوضيح. وما نسبه للواضحة هو في أوائل الصلاة منها. قال في مختصرها: وأجاز مالك للرجل يكون له سفل وعلو أن يجعل العلو مسجداً ويسكن السفل، أو لم يجز له أن يجعل السفل مسجداً ويسكن العلو. وفرق بين ذلك، أنه إذا جعل السفل مسجداً وقد صار لما فوقه حرمة المسجد انتهى. وأما ما نسبه للمدونة في كتاب الصلاة فليس بصريح فيما قاله. قال في آخر الصلاة الأول من التهذيب: ولا يبني فوق

....

المسجد بيتاً ليسكن فيه انتهى. قال أبو الحسن في الأمهات: لا يعجبني، انتهى. على أن ظاهر كلام ابن عرفة أن كلام المدونة محمول عنده على الكراهة ونصه في أواخر صلاة الجماعة وفيها: المسجد حبس لا يورث إذا كان صاحبه أباحه للناس، وأكره بيتاً للسكنى فوقه لا تحته انتهى. نعم حمله ابن ناجي على التحريم كالمصنف وسيأتي كلامه. وتحقيق المسألة أن المسجد لله إذا بناه الشخص له وحيز عنه فلا ينبغي أن يختلف في أنه لا يجوز له البناء فوقه فقد قال القرافي في الفرق الثاني عشر بعد المائتين: اعلم أن حكم الأهوية تابع لحكم الأبنية، فهواء الوقف وقف، وهواء الطلق طلق، وهواء الموات موات، وهواء الملك ملك، وهواء المسجد له حكم المسجد لا يقربه الجنب، ومقتضى هذه القاعدة أن يمنع هواء المسجد والأوقاف إلى عنان السماء لمن أراد غرز خشب حولها وبنى على رؤوس الخشب سقفاً عليه بنيان، ولم يخرج عن هذه القاعدة إلا فرع وهو إخراج الرواشن والأجنحة على الحيطان ثم أخذ يبين وجه خروجه إلى آخر الفرق. انتهى باللفظ ونحوه في الذخيرة ومثله في قواعد المقري.

قاعدة: حكم الأهوية حكم ما تحتها فهواء الوقف وقف فلا يباع هواء المسجد لمن أراد غرس الخشب حولها وبناء الهواء سقفاً وبنياناً انتهى. وقال اللخمي في كتاب الإجارة في ترجمة إجارة المسجد أو الدار: ومن بنى مسجداً لله أحيز عنه وأحب أن يبني فوقه لم يكن له ذلك. انتهى بالمعنى. وأما إن كانت له دار لها علو وسفل، فأراد أن يحبس السفل مسجداً ويبقى العلو على ملكه، فظاهر ما تقدم للواضحة وما تقدم لابن الحاجب وتابعيه وما يأتي للمصنف في إحياء الموات، أن هذا لا يجوز. وصرح اللخمي بجوازه. قال إثر ما تقدم عنه: وإن قال: أنا أبنيه لله وأبني فوقه مسكناً وعلى هذا أبني جاز، وكذلك لو كانت الدار علواً وسفلاً فأراد أن يحبس السفل مسجداً ويبقى العلو على ملكه جاز انتهى. وينبغي أن يوفق بين هذه النقول ويجعل معنى قوله في المدونة في كتاب الصلاة: «لا يعجبني» أو «لا يبني» لا يجوز، ويحمل هو وما في الواضحة وما لابن شاس وتابعيه القرافي وابن الحاجب وما يأتي للمصنف على الشق الأول الذي تقدم أنه لا ينبغي أن يختلف فيه، ويحمل ما في الجعل منها وكلام اللخمي الأخير وما للمصنف هنا على الشق الثاني وإن كان لفظ اللخمي الجواز لأنه لا ينافي الكراهة ويساعد هذا التوفيق كلام ابن ناجي. ونصه على قوله في الصلاة الأول من التهذيب: ولا يبنى إلى آخره. قال في الأم: لا يعجبني ذلك لأنه يصير مسكناً يجامع فيها، وذلك كالنص على التحريم ولا أعلم فيه خلافاً. وذكر أبو عمران النظائر المعلومة التي تدل على الخلاف. هل ظاهر المسجد كباطنه أم لا. وذلك يوهم جواز البناء عليه على قول وليس كذلك، لما ذكره في الأم مع أن اللفظ يقتضي أن المسجد سبق فهو تغيير الحبس، بل ظاهرها أن من عنده علو وسفل فحبس العلو مسجداً فإنه جائز. ونص عليه اللخمي في الجعل انتهى. وقال على قولها في الجعل والإجارة وكره المتقدم، يريد يكون تحبيس المسجد متأخراً عنه. انتهى

بِمَنْفَعَةٍ تَتَقَوَّمُ،

والله أعلم. ولهذا لما أن حمل ابن عبد السلام كلام ابن الحاجب والذي في الصلاة الأول من المدونة على ظاهره قال ما نصه: ذكر في المدونة مثل ما قاله المؤلف من التفرقة بين السكنى على ظهر المسجد أو تحته ولم يقل لأن له حرمة المسجد أي لا على المسجد حرمته فإن ذلك ليس بالبين ولا سيما والكلام فيما إذا حبس على هذه الصورة. نعم ليس من الأدب لاعتلاء على رؤوس المصلين الفضلاء وأهل الخير، وقد فعل ذلك أبو أيوب الأنصاري رضي الله عنه لما أن نزل عليه رسول الله ﷺ وسكن بيتاً عنده وسكن أبو أيوب غرفة عليها وانهرقت جرة في الغرفة فخشي أن ينزل منها شيء على رسول الله ﷺ فسد الكوة التي هناك بقطيفة عنده، ونقل رسول الله ﷺ إلى الغرفة ونزل هو وأهله إلى البيت. واحتج في المدونة لما ذكره بأن عمر بن عبد العزيز كان يبيت بالمدينة فوق ظهر المسجد إذا كان أميراً فلا تقربه امرأة. وليس في هذا دليل لأن مسجد المدينة سبق تحبيسه على أيام عمر بن عبد العزيز، والسكنى بالأهل أو المبيت بهم على ظهره مخالف لمقتضى ما بني له ذلك المسجد، وإنما الكلام فيمن أراد إنشاء تحبيس مسجد على هذه الصورة انتهى. ورأيت لبعض علماء الأندلس كلاماً أجاب به حين سئل عن كلام المصنف هنا وفي إحياء الموات، وذكر في الجواب نحو ما ذكرناه إلا أنه جعل قول المصنف هنا وبناء مسجد للكراء وسكنى فوقه مسألة واحدة وهي أن يبني مسجداً ليكريه ويتخذ فوقه بيتاً. قال: وكلامه في إحياء الموات في اتخاذ منزل فوق مسجد محبس مباح لعموم الناس انتهى. وفي جعله الفرعين فرعاً واحداً نظر، والصواب ما قدمناه. وبعض علماء الأندلس المشار إليه هو الشيخ العلامة مفتي غرناطة أبو عبد الله محمد بن أحمد الجعدالي الغرناطي والله أعلم. ص: **(بمنفعة)** ش: يتعلق بقوله: **«صحت الإجارة»**. قال الشيخ بهرام: الباء سببية. وقال البساطي: للاستعانة. والظاهر الأول. قال ابن عرفة: المنفعة ما لا تمكن الإشارة إليه حساً دون إقامة يمكن استيفاؤه غير جزء مما أضيف إليه. انتهى.

فرع: قال للخمي في كتاب الشركة في شركة الأبدان: اختلف فيمن استأجر أجيراً ليأتيه بالغلة فأجيز ومنع انتهى. ومذهب المدونة المنع نص على ذلك في كتاب الجعل والإجارة منهما. ص: **(تتقوم)** ش: في كثير من النسخ بضم التاء الأولى وفتح الثانية، والظاهر فتحهما معاً، والمعنى أن لها قيمة. واحترز به من التافه الحقير الذي لا يجوز مقابلته بالمال في نظر الشرع. البساطي: كاستئجار نار ليوقد منها سراجاً. وقد اختلف في جواز الإجارة ومنعها في فروع نظراً إلى أن المنفعة فيها متقومة أم لا. منها إجارة المصحف للقراءة فيه، وإجارة الأشجار

(بمنفعة تتقوم). ابن شاس: الركن الثالث من أركان الإجارة المنفعة. ومن شروطها أن تكون متقومة، فما لا تتقوم منفعته لا يصح استئجاره. ابن عرفة: فسروا المتقومة بما لها قيمة وهو قول الغزالي، لا يصح استئجار تفاحة للشم والطعام لتزيين الحانوت فإنه لا قيمة له انتهى. وقد نص ابن

قُدِرَ عَلَى تَسْلِيمِهَا بِلاَ آسْتِيفَاءِ عَيْنٍ قَصْداً، وَلاَ حَظْرٍ،

لتجفيف الثياب عليها على ما ذكره ابن الحاجب وابن شاس ومشى المصنف فيهما على الجواز، فقول الشارحين هنا احترز به من إجارة الأشجار لتجفيف الثياب عليها غير ظاهر والله أعلم.

ص: **(قدر على تسليمها)** ش: قال القرافي: احترز من استئجار الأخرى للكلام والأعمى للإبصار وأرض الزراعة لا ماء لها قطعاً ولا غالباً وقاله الأئمة، ومن فروع ذلك استئجار أرض الزراعة وماؤها غامر أي كثير وانكشافه نادر. ومذهب المدونة الجواز إذا لم ينقد وعليه مشى المصنف كما سيأتي فهو راجع لهذا القيد.

تنبيهان: الأول: من فروع هذا القيد كراء المشاع. قال في المدونة: يجوز كراء المشاع كنصف عبد أو دابة. قال اللخمي: وإذا أكرى رجل من رجل نصف عبده أو دابته أو داره جاز ذلك، ثم هما في العبد والدابة بالخيار بين أن يقتسما المنافع يوماً بيوم أو يومين بيومين فيستعمله المستأجر في الأيام التي تصير إليه فيستخدم العبد ويركب الدابة، وإن شاء آجره من غيره، وإن شاء أن يؤاجر ذلك من أجنبي ويقتسما الأجرة، وإن لم يكن العبد من عبيد الخدمة وكانت له صنعة لا يمكن تبعيضها ترك لصنعته واقتسما خراجه. وأما الدار فإن كانت تنقسم قسمت منافعها وسكن المكتري فيما يصير إليه أو أكراه، وإن كانت لا تحمل القسم أكريت واقتسما كراءها إلا أن يحب أحدهما أن يأخذها بما يقف عليه كراؤها، وإن كان العبد أو

يونس أن من قال: ارق هذا الجبل ولك كذا أنه لا شيء له **(قدر على تسليمها)**. ابن شاس: من شروط المنفعة أن تكون مقدوراً على تسليمها حساً وشرعاً، فيمنع استئجار الأخرس للتعليم والأعمى للخط ونحوه، والاستئجار على قطع عضو محترم أو حائض على كنس مسجد **(بلا استيفاء عين قصداً)** هكذا عبر ابن شاس قائلاً: لا يصح استئجار الأشجار لثمارها، والشاة لنتاجها ولبنها وصوفها لأنه بيع عين قبل الوجود. قال ابن عرفة: هذا واضح حكمه من البياعات، وتبع فيه ابن شاس الغزالي. ولو رسم المنفعة بأن شرطها إمكان استيفائها دون إذهاب عين ما احتاج إلى ذكر هذا. ابن رشد: ويجوز شراء لبن غنم معينة شهراً أو شهرين إذا عرف وجه حلابها بخلاف ثمرة المقثاة، ويكره بيع شاة أو شاتين والأظهر أنه لا يعارض هذا بإجازته في المدونة أن يكتري البقرة ويشترط حلابها لأن العذر خف بما انضاف إليها من الكراء كما خف في الغنم إذا كثرت **(ولا حظر)**. ابن عرفة: تبع ابن شاس الغزالي في قوله الغرر الشرعي كالحس في الإبطال لو استأجر على قلع سن صحيحة أو قطع يد صحيحة لم يجز، ولو كانت اليد متأكلة والسن متوجعة جازت. وقال ابن وهب وأشهب: من ذهب بعض كفه فخاف على باقي يده لا بأس أن تقطع يده من المفصل إن لم يخف عليه الموت. ابن رشد: إن كان خوف الموت من بقاء يده كذلك أشد من خوف الموت بقطعه فله القطع. ومن الإكمال يأتي على ما ذكره الطبراني أن من خلق بأصبع زائدة أو عضو زائدة أنه لا يجوز له قطعه ولا نزعه عنه، لأنه من تغيير خلق الله إلا أن يكون هذا الزائد مما يؤذيه من أصبع أو ضرس ويؤلمه، فلا بأس على كل

الدابة أو الدار شركة فأكرى أحدهما نصيبه بإذن شريكه جاز وعاد الجواب في قسمة منافعه إلى ما تقدم إذا كان جميعه لواحد، فإن أكرى ذلك بغير إذن شريكه فلم يجز ودعا إلى البيع كان له ذلك في العبد والدابة والدار إذا لم تنقسم، وإن لم يدع إلى البيع ورضي ببقاء الشركة لم يكن له رد الكراء. وإن كانت الدار تنقسم ودعا الشريك إلى قسمة المنافع كان ذلك له وقسمت بالقرعة، فما صار للمكري أخذه المكتري، وإن أراد المكري أن يقسم بالتراضي كان للمكتري منعه من ذلك. وإن دعا الشريك إلى قسم الرقاب كان له ذلك. ومن حق المكتري أن يقسم بالقرعة، فما صار للمكري كان حق المكتري فيه، وإن اعتدلت قسمة المنافع مع قسمة الرقاب كان ذلك للمكتري، فإن كان الذي صار للمكري أقل من النصف بما لا ضرر على المكتري فيه حطه من الكراء بقدره، وإن صار له أكثر وأمكن أن يميز ذلك القدر الزائد فعل وانتفع به المكري، وإن كان لا يتميز ولا يصاب فيه مسكن بانفراده بقي للمكتري ولا شيء عليه فيه، لأنه يقول: كنت في مندوحة عنه ولا حاجة لي فيه. انتهى.

الثاني: لم يذكر المؤلف من شروط المنفعة أن تكون مملوكة، وكذا ابن شاس وابن الحاجب وذكره القرافي وقال احترازاً من الأوقاف والربط ومواضع الجلوس من المساجد والطرقات والمدارس وغير ذلك لأن المملوك في هذه الأمور كلها الانتفاع دون المنفعة.

فرع: يتفرع على هذا الشرط كراء دور مكة. ونقل في المقدمات عن مالك فيها أربع روايات: الجواز والمنع والكراهة في أيام الموسم، ولا خلاف عن مالك وأصحابه أنها فتحت عنوة. وانظر الكلام على هذه المسألة مشبعاً في حاشيتي على المناسك. قال القرافي: تنبيه: مقتضى هذه المباحث أن يحرم كراء دور مصر وأرضها لأن مالكاً صرح في المدونة وغيرها أنها فتحت عنوة، ويلزم على ذلك تخطئة القضاة في إثبات الأملاك وعقود الإجارات، والقاعدة المتفق عليها أن مسائل الخلاف إذا اتصل ببعضها قضاء حاكم تعين ذلك القول وارتفع الخلاف، فإذا قضى حاكم بثبوت ملك أرض العنوة ثبت الملك وارتفع الخلاف وتعين ما حكم

حال بنزعه عند هذا وغيره وتعين. ابن يونس: لا جعل لمن وجد ضالة وأتى بها إذ لا جعل في أداء الأمانات إلى ربها. وقال ابن رشد: الجعل لا يجوز فيما يلزم الرجل أن يفعله إنما يجوز فيما لا يلزمه فعله. قال مالك: لو قال دلني على امرأة أتزوجها ولك كذا فلا شيء له. ابن رشد: معناه أشر علي وانصح لي في ذلك، وهذا لو سأله إياه دون جعل للزمه أن يفعل لقوله ﷺ: «الدين النصيحة»[1]. وقال ابن القاسم: وذلك بخلاف ما إذا قال: دلني على من ابتاع منه أو يبتاع مني ولك كذا وكذا فذلك جائز لازم لهما. قال أصبغ: لأن النكاح لا بيع فيه. ومن سماع عيسى من ابن يونس: وقال ابن

---

(١) رواه مسلم في كتاب الإيمان حديث ٩٥. الترمذي في كتاب البر باب ١٧. النسائي في كتاب البيعة باب ٣١. الدارمي في كتاب الرقاق باب ٤١. أحمد في مسنده (١/ ٣٥١) (٢/٢٩٧) (٤/ ١٠٢).

وَتَعَيَّنَ، وَلَوْ مُصْحَفاً، وَأَرْضاً غَمَرَ مَاؤُهَا، وَنَدَرَ آنْكِشَافُهُ وَشَجَراً لِتَجْفِيفٍ عَلَيْهَا عَلَى الأَحْسَنِ، لاَ لأَخْذِ ثَمَرَتِهِ، أَوْ شَاةٍ لِلَبَنِهَا،

به الحاكم، وهذا التقرير يطرد في مكة ومصر وغيرهما انتهى. **ص: (ولو مصحفاً) ش:** قال في المدونة: وتجوز إجارة المصحف لجواز بيعه، وأجاز بيعه كثير من التابعين. قال ابن عباس: ما لم يجعله متجراً، أما ما عملته بيدك فجائز، وتجوز الإجارة على كتابته انتهى. أبو الحسن: انظر قول ابن عباس: «ما لم يجعله متجراً» هل فلا يجوز أو يكره. انتهى والله أعلم. **ص: (وأرضاً غمر ماؤها وندر انكشافه) ش:** هذه المسألة في كراء الدور والأرضين من المدونة ونصها: ومن اكتريت منه أرضه الغرقة بكذا إن انكشف عنها الماء وإلا فلا كراء بينكما جاز إذا لم تنقد، ولا يجوز النقد إلا أن يوقن بانكشافها. قال غيره: إن خيف أن لا ينكشف لم يجز وإن لم ينقد. أبو الحسن: انظره قال في التوضيح: قال صاحب المقدمات: تحصيل مذهب ابن القاسم جواز العقد كانت الأرض أرض مطر أو نيل أو غيرهما، مأمونة أو غير مأمونة. وأما بالنسبة إلى جواز النقد ووجوبه فما كان من الأرض مأموناً كأرض النيل والمطر المأمونة وأرض السقي بالعيون الثابتة والآبار المعينة فالنقد فيها للأعوام الكثيرة جائز، وما كان منها غير مأمون فلا يجوز النقد فيه إلا بعد أن تروى ويتمكن من الحرث، كانت من أرض النيل أو المطر أو السقي بالعيون أو الآبار، وأما وجوب النقد فيجب عنده في أرض النيل إذا رويت إذ لا يحتاج إلى غير ذلك، وأما غيرها فلا يجب فيها النقد حتى يتم الزرع ويستغنى عن الماء انتهى. **ص: (وشجر لتجفيف الملابس عليها على الأحسن) ش:** الأحسن هو اختيار ابن عبد السلام من القولين اللذين ذكر ابن الحاجب. وقال ابن عرفة: تبع ابن الحاجب ابن شاس في حكاية القولين وقبله شارحوه، ولا أعرف القول بالمنع، ومقتضى المذهب الجواز كإجارة مصب مرحاض وحائط لحمل خشب. انتهى. **ص: (لا لأخذ**

شاس: من شرط المنفعة أن تكون حاصلة للمستأجر فلا يصح الاستئجار على العبادات التي لا تجزىء النيابة فيها كالصلاة والصيام ونحوهما **(ولو مصحفاً)** من المدونة قال ابن القاسم: تجوز إجارة المصحف لمن يقرأ فيه لجواز بيعه وأجازه مالك، ومنع ابن حبيب إجارته **(وأرضاً غمر ماؤها وندر انكشافه)**. ابن الحاجب: لا يجوز استئجار الأرض للزراعة وماؤها غامر وانكشافه نادر. ابن عرفة: ظاهر المدونة والموازية جوازه وإنما منعه الغير. وعبارة المدونة: من أكرى أرضه الغرقة بكذا إن انكشف ماؤها وإلا فلا كراء بينهما وهو يخاف أن لا ينكشف عنها جاز إن لم ينقد، ولا يجوز النقد إلا أن يوقن بانكشافه. وقال غيره: إن خيف أن لا ينكشف لم يجز وإن لم ينقد **(وشجر لتجفيف الثياب عليها على الأحسن)**. ابن عرفة: تبع ابن الحاجب ابن شاس في قوله في إجارة الأشجار لتجفيف الثياب قولان، ولا أعرف المنع ومقتضى المذهب الجواز كإجارة مصب مرحاض وحائط لحمل خشب **(لا لأخذ ثمرته أو شاة للبنها)** تقدم هذا كله عند قوله: «بلا استيفاء عين»

وَٱغْتُفِرَ مَا فِي الأَرْضِ، مَا لَمْ يَزِدْ عَلَى الثُّلُثِ بِالتَّقْوِيمِ، وَلاَ تَعْلِيمِ غِنَاء،

ثمرته) ش: أي الشجر وهذا راجع إلى قوله: «بلا استيفاء عين قصداً». ص: **(أو شاة للبنها)** ش: يصح أن يقرأ بالجر عطفاً على مقدر في قوله: «لا لأخذ ثمرته» أي لا شجر لأخذ ثمرته ولا شاة لأخذ لبنها فيكون من الممنوع، ويصح أن يقرأ بالنصب عطفاً على قوله: «وشجراً» ويكون من الجائز. وعلى كل تقدير فلا بد من عناية في كلامه لأنا إن جعلناه ممنوعاً نقول: إلا بشروط يأتي ذكرها، يريد وكذا إذا جعلناه جائزاً فتأمله والله أعلم. والشروط أن تكون الغنم كثيرة كالعشرة ونحوها، وأن يكون في الإبان، وأن يعرفا وجه حلابها، وأن يكون إلى أجل لا ينقضي اللبن قبله، وأن يشرع في أخذ ذلك يومه أو إلى أيام يسيرة، وأن يسلم إلى ربها لا إلى غيره. هذا إذا كان جزافاً، فإن كان على الكيل أسقطت الشرط الأول فقط. قاله في التوضيح. والمسألة في كتاب التجارة إلى أرض الحرب. وكلام أبي الحسن فيها مبسوط. ولا يقال قوله شاة بالإفراد ينافي الأول لأن المراد جنس الشاة والله أعلم. ص: **(ولا تعليم غناء)** ش: هو وما بعده إلى قوله: «ولا متعين» راجع لقوله: «ولا حظر» والحظر المنع. قال الأبي في شرح مسلم في كتاب البيع في حديث «مهر البغي وحلوان الكاهن». ولا خلاف في حرمة مهر البغي ولا خلاف في حرمة أجرة المغنية والنائحة، ولا خلاف في حرمة ما يأخذه الكاهن. قال الأبيّ، وكذلك لا يحل ما يأخذه الذي يكتب البراءات لرد التليفة لأنه من السحر. وسئل شيخنا يعني ابن عرفة عمن ذهبت له حوائج فقرأ في دقيق وأخذ يطعمه أناساً اتهمهم وكانت فيهم امرأة حامل فقالت: إن أطعمتموني فأنا أموت فأطعموها منه فماتت. فأجاب بأنه ليس عليه إلا الأدب، وأما ما يؤخذ على حل المعقود فإن كان يرقيه بالرقى العربية جاز، وإن كان بالرقى العجمية لم يجز وفيه

(واغتفر ما في الأرض ما لم يزد على الثلث بالتقويم) من المدونة قال ابن القاسم: ومن اكترى داراً أو أرضاً فيها سدرة أو دالية أو كان في الأرض نبت من نخل أو شجر ولا ثمرة فيها حينئذ أو فيها ثمرة لم تزه، فالثمرة للمكري إلا أنه إن اشترط المكتري ثمرة ذلك، فإن كانت تبعاً مثل الثلث فأقل فذلك جائز. ومعرفة ذلك أن يقوم كراء الأرض أو الدار بغير شرط الثمرة؛ فإن قيل عشرة قيل: ما قيمة الثمرة فيما عرف مما تطعم كل عام بعد طرح قيمة المؤنة والعمل؟ فيعلم الوسط من ذلك. فإن قيل خمسة فأقل جاز. قال أصبغ: وهذا إذا علم أن الثمرة تطيب قبل مدة الكراء وإلا لم يجز أن يعقداه. ابن يونس: إنما أجيز للضرر الذي يدخل على المكتري في دخول رب الدار لإصلاح الثمرة وجدادها كما أجيز شراء العرية بخرصها تمراً انتهى. انظر قول ابن يونس للضرر بالدخول على المكتري، هل يجوز أن يستثني بعض الشجر؟ أجازه ابن أبي زمنين ومنعه ابن العطار. وقال المتيطي: أجاز ذلك أشهب ومنعه ابن القاسم. وإذا كان الكراء سنين واشترطت الثمرة وانقضت المدة وبالشجر ثمر لم يزه فهو للمكتري **(ولا تعليم غناء)** تقدم نص المدونة: أكره الإجارة على تعليم

أَوْ دُخُولِ حَائِضٍ لِمَسْجِد، أَوْ دَار: لِتُتَّخَذَ كَنِيسَةً: كَبَيْعِهَا لِذٰلِكَ، وَتُصُدِّقَ بِالْكِرَاءِ، وَبِفَضْلِهِ الثَّمَنِ عَلَى الأَرْجَحِ، وَلاَ مُتَعَيِّن: كَرَكْعَتَي الفَجْرِ، بِخِلاَفِ الكِفَايَةِ. وَعُيِّنَ: مُتَعَلِّمٌ، وَرَضِيعٌ،

خلاف. وكان الشيخ يقول: إن تكرر منه النفع بذلك جاز. انتهى **ص: (ودخول حائض لمسجد) ش:** فرضها ابن الحاجب في استئجار على كنس المسجد، وذكر المصنف ما هو أعم من الكنس وغيره، ويريد إذا كانت هي التي تكنس، وأما لو كانت الإجارة متعلقة بذمتها لجاز. وعكس هذه المسألة أن يؤاجر المسلم نفسه لكنس كنيسة أو نحو ذلك أو ليرعى الخنازير أو ليعصر له خمراً فإنه لا يجوز، ويؤدب المسلم إلا أن يتعذر بجهالة، واختلف هل الأجرة من الكافر ويتصدق بها أم لا. ابن القاسم: التصدق بها أحب إلينا. قاله في التوضيح. **ص: (ودار لتتخذ كنيسة) ش:** تصوره واضح.

فرع: إذا غصب النصراني سفينة مسلم لمسلم وحمل فيها الخمر. قال في رسم يوصي من سماع عيسى من كتاب الغصب: له أن يأخذ كراءها ويتصدق به. قال ابن رشد: معناه كراء مثلها على أن يحمل فيها خمراً أن لو أكراها نصراني من نصراني لذلك، وأما قوله: «يتصدق به» فهو بعيد أن يجب ذلك عليه إلا أن يعلم بتعديه فلا يمنعه من ذلك وهو قادر على منعه، وأما إن لم يعلم بذلك أو علم ولم يقدر على منعه فلا يجب أن يتصدق إلا بالزائد على

النوح وأنه نوح الصوفية **(أو دخول حائض لمسجد)** تقدم نص ابن شاس: يمنع استئجار حائض لكنس مسجد **(أو دار لتتخذ كنيسة كبيعها لذلك وتصدق بالكراء وبفضلة الثمن على الأرجح)** من المدونة قال مالك: لا يعجبني أن يبيع الرجل داره أو يكريها ممن يتخذها كنيسة. ابن يونس: فإن نزل ذلك فقال بعض شيوخنا: يتصدق بالثمن وبالكراء. وقال بعضهم: يتصدق بفضلة الثمن وبفضلة الكراء؛ تقوم الداران لو بيعت أو أكريت على أن تتخذ كنيسة، وتقوم أن لو بيعت أو أكريت على غير ذلك الوجه فيعلم الزائد، فإن كانت مثل الكراء أو ربعه تصدق بمثل ذلك الجزء من المسمى لأن الفضل هو ثمن ما لا يحل. وقال بعضهم: أما في البيع فيتصدق بالفضل كما ذكرنا، وأما في الكراء فيتصدق بالجميع لأنه أجر داره لما لا يحل كمن أكرى داره لبيع الخمر أو دابته لحمل الخمر. ابن يونس: وبهذا أقول **(ولا متعين كركعتي الفجر)** قد تقدم من هذا عند قوله: «ولا تتعين». وقال ابن الحاجب: لا يجوز استئجاره على عبادة معينة عليه كالصلاة وتقدم الحج بخلاف غسل الميت وحمل الجنازة وحفر القبر وفي الإمامة ثلاثة **(وعين متعلم ورضيع)**. ابن الحاجب: يجب تعيين الرضيع والمتعلم بخلاف غنم ونحوها، وقال اللخمي: تجوز إجارة الظئر إذا كان الصبي حاضراً يرى، فلو كان غائباً لم يجز إلا أن يذكر سنه. وإن جرب رضاعه ليعلم قوة رضاعه من ضعفه كان أحسن، فإن لم يفعلا جاز لأن الرضاع متقارب، ولا يجوز على قول سحنون إلا بعد معرفة رضاعه لأنه يقول في الظئر تستأجر لرضاع صبيين فمات أحدهما فتفسخ الإجارة لاختلاف الرضاع لأنها إن آجرت نفسها لترضع آخر مكان الميت لم يدر هل رضاعه مثل

وَدَارٌ؛ وَحَانُوت وَبِنَاءٌ عَلَى جِدَار، وَمُحْمِلٍ، إِنْ لَمْ تُوصَفْ، وَدَابَّةٌ لِرُكُوب، وَإِنْ ضُمِنَتْ فَجِنْسٌ، وَنَوْعٌ وَذُكُورَةٌ،

قيمة كرائها على أن يحمل عليها غير الخمر فحمل عليها خمراً. قاله ابن حبيب. انتهى. ص: **(وبناء على جدار)** ش: تصوره واضح. وأما إذا اكترى أرضاً ليبني فيها لم يلزمه أن يذكر قدر البناء لأن الأرض لا ضرر عليها في ثقل البناء بخلاف الجدار إذا أكراه ليبني عليه. انتهى من التوضيح. ص: **(ومحمل)** ش: بفتح الميم الأولى وكسر الثانية. ص: **(ودابة لركوب وإن ضمنت فجنس ونوع وذكورة)** ش: يعني أن الدابة إذا اكتريت للركوب فيلزم تعيينها إذا كانت معينة، وإن كانت مضمونة فيلزم أن يذكر جنسها ونوعها والذكورة والأنوثة، وظاهر كلامه أنه يكتفى في التعيين بالوجه الأول ابن عبد السلام، وينبغي أن يختبرها الراكب لينظر سيرها في سرعته وبطئه قرب دابة . كما قال مالك. المشي خير من ركوبها.

تنبيه: قال في التوضيح: محمد: وإن وقع الكراء على الإطلاق حمل على المضمون حتى يدل دليل على التعيين. قال: ولو اكترى منه أن يحمله إلى بلد كذا على دابة أو سفينة وقد أحضرها ولا يعلم له غيرها ولم يقل له تحملني على دابته هذه أو سفينتك هذه، فهلكت

الميت أم لا **(ودار وحانوت وبناء على جدار)**. ابن الحاجب: تعين الحانوت والدار والحمام وشبهه ولا يلزم تعريف قدر البناء وصفته بخلاف البناء على الجدار **(ومحمل)** من المدونة: من أكرى محملاً لمكة ولم يذكر وطاءه أو زاملته أو لم يذكر ما يحمل من أرطال جاز وحمل على فعل الناس فيهما لأن الزوامل عرفت عندهم. وقال ابن الحاجب: يعين المحمل أو يوصف **(إن لم يوصف)** تقدم قول اللخمي في الرضيع إلا أن يذكر سنه. وقول المدونة: له أن يكري داراً بإفريقية وهو بمصر كالبيع، وقول ابن الحاجب يعين المحمل أو يوصف **(ودابة لركوب وإن ضمنت فجنس ونوع وذكورة)** من المدونة: كراء الدواب على وجهين: دابة بعينها أو مضمونة، وفي المعونة المركوب المعين لا بد أن يعرف بتعيين بإشارة إليه كهذه الدابة أو الناقة. ابن عرفة: ليحيط بها المكتري كالمشتري. قال: والمضمونة يذكر جنسها ونوعها والذكورة والأنوثة. وتبعه ابن شاس والمتيطي. زاد ابن الحاجب: لا بتعيين الراكب وإن عين لم يلزم تعيينه. قال ابن رشد: كراء الرواحل والدواب على وجهين: معيناً ومضموناً، فأما المعين فيجوز في النقد والأجل إذا شرع في الركوب أو كان إنما يركب الأيام القلائل العشرة ونحوها قاله مالك. قال ابن القاسم: لا يعجبني إلا عشرة أيام يريد إذا نقد. وهذا إذا كانت الدابة أو الراحلة حاضرة، وأما إن كانت غائبة فلا يجوز تعجيل النقد لأن النقد لا يصلح في شراء الغائب، وأما إن اكترى الراحلة بعينها على أن لا يركبها إلا ثلاثين يوماً ونحوها فلا يجوز الكراء بالنقد ويجوز بغير النقد. قاله في المدونة. وهذا الكراء المعين ينفسخ فيه الكراء بموت الراحلة أو الدابة، فإن ماتت في بعض الطريق فأراد أن يعطيه دابة أخرى بعينها يبلغ عليها إلى منتهى غايته، فإن كان لم ينقد جاز لأنه كراء مبتدأ، وإن كان قد نقده لم يجز لأنه

وَلَيْسَ لِرَاعٍ: رَعْيُ أُخْرَى، إِنْ لَمْ يَقْوَ، إِلاَّ بِمُشَارِكٍ، أَوْ تَقِلَّ، وَلَمْ يَشْتَرِطْ خِلاَفَهُ، وَإِلاَّ فَأَجْرُهُ لِمُسْتَأْجِرِهِ: كَأَجِيرٍ لِخِدْمَةٍ: آجَرَ نَفْسَهُ،

بعد أن ركب فعلى الكري أن يأتيه بدابة أو سفينة غيرها، وهو مضمون حتى يشترط أنه إنما يكري هذه الدابة بعينها. محمد: أو يكريه نصف السفينة أو ربعها فيكون كشرط التعيين انتهى. ص: **(كأجير لخدمة آجر نفسه)** ش: ظاهره فتكون الإجارة لمن استأجره أولاً وليس له غير ذلك. وخيره في المدونة بين ذلك وبين أن يسقط حصة ذلك اليوم من الأجرة. ونصه بعد مسألة الرعاية: وكذلك أجيرك للخدمة يؤاجر نفسه من غيرك يوماً أو أكثر فلك أخذ الأجر أو تركه وإسقاط حصة ذلك اليوم من الأجر عنك. قال عبد الحق: خيره ابن القاسم في أجير الخدمة ولم يخيره في الراعي إذا شرط أن لا يرعى مع غنمه غنماً أخرى وخالف والأمر في ذلك سواء. وينبغي أن يقال كم تستوي إجارته على أن لا يرعى مع الغنم غيرها وتقوم على أن يرعى معها غيرها فيعرف ما بين ذلك، ثم يخير بين أن ينظر ما يخصه من الكراء الذي سمي فيسقطه من إجارته أو يأخذ ما أجر به نفسه والله أعلم انتهى. ونقله أبو الحسن وقال: صورته أن يعين إجارتها وحدها مثلاً عشرة ومع غيرها ثمانية فيسقط من نصيبه من المسمى الخمس أو يأخذ ما أجر به نفسه انتهى. ونقل عن أبي محمد صالح أنه قال: يتوهم أن الأجير بخلاف الراعي لأن الأجير عطل ذلك اليوم والراعي لم يعطل. ثم ذكر كلام عبد الحق، وكلام عبد الحق ظاهر لا شك فيه قبله أبو الحسن وفسره.

تنبيه: قال ابن يونس: قوله: «لك أخذ الأجر الخ» هذا فيما يشابه ما أجرته فيه أو يقاربه، وأما أن يؤاجره للرعاية شهراً بدينار فيؤاجر نفسه في الحصاد أو في مخوف كل يوم بدينار أو

فسخ دين في دين إلا أن يكون في مفازة فيجوز للضرورة إلا على مذهب أشهب فيجوز مطلقاً لأن قبض الأوائل عنده كقبض الأواخر. عياض: الراحلة هي الناقة المعدة للركوب المذللة له وتستعمل في ذكور الإبل وإناثها، وأصلها من الرحل الموضوع عليها وهي الراحلة أيضاً وهو مركب يشد للبغال، ويسمى السرج أيضاً رحلاً تشبيهاً به. ابن رشد: وأما كراء الدابة المضمونة أو الراحلة المضمونة فهو أن يقول: أكري منك دابة أو راحلة فإنه يجوز أيضاً بالنقد وإلى أجل إذا شرع في الركوب، وأما إن لم يشرع في الركوب وإنما تكارى كراء مضموناً إلى أجل كالمكتري إلى الحج في غير إبانه فلا يجوز إلا بتعجيل رأس المال لأنه كالسلم إلا أن مالكاً خفف أن يغرم الدليل لأن الأكرياء أقطعوا بالناس وقد تقدم هذا. قال ابن رشد: ولا ينفسخ الكراء بموت الدابة في الكراء المضمون إلا أن الكرى إذا قدم للمكتري دابة فركبها فليس له أن يزيلها من تحته إلا برضاه **(وليس لراع رعي الأخرى إن لم يقولا بمشارك أو نقد ولم يشترط خلافه وإلا فأجره لمستأجر كأجير لخدمة آجر نفسه)** انظر هذا الإطلاق من المدونة. قال ابن القاسم: من استؤجر على رعاية غنم كثيرة لا يقوى على أكثر منها فليس له أن يرعى معها غيرها إلا أن يدخل معه راعٍ يقوى به، وإن

وَلاَ يَلْزَمُهُ رَعْيُ الوَلَدِ، إلاَّ لِعُرْف، وَعُمِلَ بِهِ فِي الْخَيطِ وَنَقْشِ الرَّحَى، وَآلَةِ بِنَاءٍ، وَإلاَّ فَعَلَى رَبِّهِ: عَكْسُ إِكَافٍ، وَشِبْهِهِ وَفِي السَّيْرِ وَالْمَنَازِلِ، وَالْمَعَالِيقِ،

تؤاجره لخدمتك في الغزو فيذهب يقاتل فيقع في سهمانه عشرة دنانير، فهذا وشبهه لا يكون له إلا إسقاط ما عطل لك من عملك من الأجر. وقاله غير واحد من أصحابنا انتهى. وذكر أبو الحسن عن عبد الحق قريباً من ذلك ثم قال: قال أبو محمد صالح: انظر على هذا إذا أصاب بيض الحجل فهي للأجير انتهى. ص: **(إلا لعرف)** ش: فإذا لم يكن عرف لم يلزمه رعايتها. ابن يونس: قال أبو بكر بن اللباد: ولربها أن يأتي براع يراعي معه للتفرقة. أبو الحسن: راعي التفرقة في الحيوان البهيمي ومثله في سماع عيسى انتهى ابن عرفة بعد ذكر كلام ابن اللباد. قلت: معناه أن التفرقة تعذيب لها فهي من النهي عن تعذيب الحيوان انتهى. وتقدم الكلام على ذلك بأتم من هذا عند قول المصنف في فصل طعام الربا «وتفريق أم فقط من ولدها». ص: **(عكس إكاف)** ش: كلام ابن غازي في شرح هذه المسألة كاف وهو ظاهر والله أعلم. ص:

كانت غنماً يسيرة فذلك له إلا أن يشترط عليه ربها أن لا يرعى معها غيرها، فإن رعى الراعي معها غيرها بعد هذا الشرط فالأجر لرب الأولى. وكذلك أجيرك لخدمة يؤاجر نفسه لغيرك يوماً أو أكثر فلك أخذ الأجر أو تركه وإسقاط حصة ذلك اليوم من الأجر عنك. ابن يونس: وهذا فيما يشابه بما آجرته به أو يقاربه، وأما إن تؤاجره في الرعاية شهراً بدينار فيذهب يؤاجر نفسه في الحصاد، أو تؤاجره يخدمك في الغزو فيذهب يقاتل فيقع في سهمانه عشرة دنانير، فهذا وشبهه لا يكون لك إلا إسقاط حصة ما عطل من عملك من الأجر **(ولم يلزمه رعي الولد إلا لعرف)** من المدونة قال ابن القاسم: إذا استؤجر على رعاية غنم بأعيانها وشرط ربها أن ما مات منها أخلفه فتوالدت الغنم حملاً في رعاية الولد على عرف الناس فإن لم تكن له سنة لم يلزمه رعايتها **(وعمل به في الخيط)**. ابن شاس: من استأجر الخياط لا يوجب عليه الخيط، إلا أن يكون العرف خلافه. ابن عرفة: كقوله في آلة البناء وعرفنا في الأجير أن لا خيط عليه وفي الصانع الخيط عليه **(ونقش الرحا)** ابن عرفة: حفي الرحا يوجب نقشها. ابن العطار: وهو على من هو عليه عرفاً فإن عدم العرف فعلى ربها. ابن حبيب وابن أبي زمنين: عرفنا على المكتري **(وآلة بناء)** من المدونة قال ابن القاسم: من آجرته على بناء دار فالأداة والفؤس والقفاف والماء والدلاء على ما تعارف الناس أنها عليه، وكذلك حثيان التراب على حافة القبر ونقش الرحا وشبهه، فإن لم تكن لهم سنة فآلة البناء على رب الدار ونقش الرحا على ربه **(وإلا فعلى ربه)** تقدم نص ابن بشير في الخيط ونص المدونة في آلة البناء ونقش الرحا **(عكس إكاف وشبهه)** ابن بشير: على رب الدابة تسليم ما العادة تسليمه معها من إكاف وبرذعة وحزام وسرج في الفرس وغير ذلك من معتاد لأن العرف كالشرط، وكذلك الحكم في إعانة الراكب في النزول والركوب في المهمات المكررة وكذا رفع الحمل **(وفي السير والمنازل)** ابن شاس: كيفية السير وتفصيله وقدر المنازل ومحل النزول في معمور أو صحراء معتبر بالعرف **(والمعاليق)** ابن شاس: يصف المحمل بالسعة والضيق ويعرف تفاصيل المعاليق، فإن

وَالزَّامِلَةِ، وَوَطَائِهِ بِمَحْمِلٍ، وَبَدَلِ الطَّعَامِ المَحْمُولِ، وَتَوْفِيرِهِ : كَنَزْعِ الطَّيْلَسَانِ قَائِلَةً، وَهُوَ أَمِينٌ، فَلاَ

(وبدل الطعام المحمول) ش: يعني إذا نقص الطعام المحمول ببيع أو أكل فأراد به أن يوفيه، فإن كان فيه عرف عمل به، وإن لم يكن لهم عرف فعليه حمل الوزن الأول. نقله في التوضيح عن المدونة قال: وعكسه إذا استأجره على حمل مائة رطل فأصابه مطر حتى زاد فلا يلزمه إلا حمل الوزن الأول. قاله سحنون وانظره في ابن يونس. ص: **(وتوفيره)** ش: بالفاء كذا فسره الشارح. ص: **(وهو أمين)** ش: قال ابن ناجي في شرح قول الرسالة: ومن اكترى ماعوناً أو غيره فلا ضمان عليه في هلاكه بيده وهو مصدق إلا أن يتبين كذبه. قول الشيخ: «مصدق» يريد ويحلف إن كان متهماً لقد ضاع ولا فرطت ولا يمين عليه إن كان غير متهم. قاله ابن القاسم. وقيل: يحلف مطلقاً، وقيل: يحلف غير المتهم ما فرط. انتهى.

فرع: والقول قول المستأجر في رد الشيء المستأجر إلا أن يكون قبضه ببينة. نص عليه ابن رشد وغيره وتقدم في العارية كلام ابن رشد فانظره، وانظر المقدمات، وانظر التوضيح في كتاب الوديعة في شرح قوله: «وإن ادعى الرد الخ».

تنبيه: قال ابن الحاجب: والمستأجر أمين على الأصح. قال ابن عبد السلام: يعني أن من ملك منفعة بعوض فالقول قوله في تلف الذات التي قبضها لاستيفاء تلك المنفعة، سواء كانت تلك الذات من نوع ما لا يغاب عليه كالحيوان أو مما يغاب عليه كالجفنة أو لا. هذا هو

أطلق في شيء من ذلك وكان معلوماً في العادة صح العقد **(والزاملة ووطائه بمحمل)** من المدونة: إن أكرى محملاً لمكة ولم يذكر وطاء أو زاملة إن لم يذكر ما يحمل عليها من أرطال جاز، وحملا على فعل الناس فيهما لأن الزوامل عرفت عندهم وعليه أن يحمل له المعاليق وكلما عرفه الناس من الكراء لازم للمكري. عياض: الزاملة ما عمل في مثل الإخراج وشبهها وتشد على الدواب ونحو منها الراحلة **(وبدل الطعام المحمول)** من المدونة: إن انتقصت زاملة الحاج أو نفدت فأراد تمامها وأبى الحمال حملاً على عرف الناس **(أو توفيره)** سحنون: من اكترى دابة على حمل فيه خمسمائة رطل فأصابه في بعض الطريق مطر فزاد وزنه فامتنع الحمال من حمل الزيادة وقال ربه هو المتاع بعينه لم يكن على الحمال حمل الزيادة. ابن عرفة: مقتضى قولها بلزوم حمل ولد المرأة معها حمل زيادة البلل، وظاهر قول سحنون سواء كان عرف أم لا، ومقتضى قولها في زاملة الحاج اعتبار العرف **(كنزع الطيلسان قائلة)** من المدونة: إن استأجر ثوباً للبس نزعه في الأوقات التي العادة نزعه فيها كالليل والقائلة. ابن عرفة: هذا هو الصواب كقولها من استأجر أجيراً للخدمة استعمله على عرف الناس من خدمة الليل والنهار **(وهو أمين فلا ضمان)** ابن يونس: القضاء أن الأكرياء والأجراء فيما أسلم إليهم كالأمناء عليه لا يضمنونه إلا الصناع والأكرياء على حمل الطعام والشراب والإدام خاصة إذ لا غنى عنه، فضمنا لصلاح العاملة كالصناع إلا أن تقوم بينة بهلاكه بغير سببهم أو يكون معهم أربابه لم يسلموه إليهم فلا يضمنوا، وسواء حملوه على سفينة أو دابة أو

ضَمَانَ وَلَوَ شُرِطَ إِثْبَاتُهُ، إِنْ لَمْ يَأْتِ بِسِمَةِ المَيِّتِ؛ أَوْ عَثَرَ بِدُهْنٍ؛ أَوْ طَعَامٍ بِآنِيَةٍ فَانْكَسَرَتْ؛ وَلَمْ يَتَعَدَّ. أَوْ انْقَطَعَ الحَبْلَ. وَلَمْ يَغُرَّ بِفِعْلٍ:

المعروف في المدونة وغيرها، وأنكر بعضهم وجود الخلاف فيه في المذهب، ومن أثبته لم يثبته عموماً كما يقتضيه ظاهر كلام المؤلف يعني ابن الحاجب: بل هو مقصور عندهم على ما يغاب عليه. انتهى ونحوه في التوضيح. قال في إجارة الحلي والثياب من كتاب الإجارة من المدونة: ومن استأجر فسطاطاً أو بساطاً أو غرائر أو آنية إلى مكة ذاهباً وجائياً جاز ذلك، فإن ادعى حين رجع ضياع هذه الأشياء في البداءة صدق في الضياع ولزمه لكراء كله إلا أن يأتي ببينة على وقت الضياع، فإن كان معه قوم في سفره فشهدوا أنه أعلمهم بضياع ذلك وطلبه بمحضرهم حلف وسقط عنه من يومئذ حصة باقي المدة. انتهى. وقال ابن رشد في شرح المسألة الثانية من سماع أشهب من كتاب تضمين الصناع: وحكم اكتراء العروض بشرط الضمان على قول مالك في هذه الرواية حكم بيع الثنيا يفسخ الكراء إلا أن يرضى المكتري بإسقاط الشرط، فإن فات الكراء كان على المكتري الأكثر من الكراء المسمى أو كراء المثل على غير شرط الضمان، ثم قال: وأما قوله في الدمياطية فيمن اكترى دابة بالضمان أنه لا خير

رحل. قال الفقهاء السبعة من فقهاء التابعين: وإن اشترط عليهم ضمان العروض لم يلزم إلا أن يخالفوا في شرط يجوز. ومن الاستغناء: المكتري مصدق فيما ادعى إباقه من العبيد وتلفه من الدواب. ومن المدونة: من استعار دابة إلى موضع فضيع فذهبت ضمنها فإن وجدها وقد زادت أو نقصت أو كانت على حالها فهي له بما غرم فيها، ولو لم يضيعها فذهبت لم يضمن **(ولو شرط إثباته)**. ابن المواز: إذا شرط الحاملون لا ضمان عليهم في الطعام أو أن عليهم ضمان العروض، وما لا يضمن فالشرط باطل والعقد فاسد **(إن لم يأت بسمة الميت)** لو قال «ولو لم يأت». لكان أولى. من المدونة قال مالك: ولا ضمان على الرعاة إلا فيما تعدوا فيه أو فرطوا في جميع ما رعوا من الغنم والدواب ولأناس شتى أو لرجل واحد، وإذا اشترط على الراعي الضمان فسدت الإجارة ولا ضمان عليه فيما هلك. قال ابن القاسم: وكذلك إن اشترطوا على أنه إن لم يأت بسمة ما مات منها ضمن فلا يضمن وإن لم يأت بها **(أو عثر بدهن أو طعام أو آنية فانكسرت ولم يتعد أو انقطع الحبل ولم يغر)** من المدونة قال ابن القاسم: وإذا قال المكري في كل عرض إنه هلك أو سرق أو عثرت الدابة فانكسرت القوارير فذهب الدهن صدق إلا أن يستدل على كذبه ولا يصدق في الطعام. قال مالك: ومن استأجرته يحمل لك على دوابه دهناً أو طعاماً إلى موضع كذا فعثرت الدابة فسقطت فانكسرت القوارير فذهب الدهن أو هلك الطعام أو انقطعت الحبال فسقط المتاع ففسد، لم يضمن المكري قليلاً ولا كثيراً إلا أن يغر من عثار أو ضعف الأحبال عن حمل ذلك فيضمن حينئذ. اللخمي: إن تبين كذبه أو ذكر أن ذهابه كان على صفة أتى فيها بما لا يشبه ضمن **(بفعل)**. ابن عرفة: ما تلف بسبب عيب دلسه المكري ضمن. من المدونة: من

كَحَارِسٍ وَلَوْ حَمَّامِيًّا.

فيه ويرد إلى كراء مثله مما لا ضمان عليه، فظاهره كان أكثر من المسمى أو أقل، ومعناه إن فات الكراء وأنه يفسخ قبل فوته وإن ترك المكري الشرط وهو القياس خلاف رواية أشهب اهـ. فقول المصنف: «وهو أمين» يمكن أن يكون الضمير عائداً على المستأجر بكسر الجيم فيكون أشار إلى هذا، ويمكن أن يعود الضمير على المستأجر بالفتح وهو الذي يظهر من قوله: «ولو شرط إثباته إن لم يأت بسمة الميت»، ويكون مشيراً بذلك إلى قوله في المدونة: «ولا ضمان على الرعاة إلا فيما تعدوا فيه أو فرطوا في جميع ما رعوه من الغنم والدواب لأناس شتى أو لرجل واحد. ثم قال ابن القاسم: وإذا اشترط على الراعي الضمان فسدت الإجارة ولا شيء عليه وله أجر مثله بغير ضمان ناف على التسمية أو نقص. قال غيره: وإن كان ذلك أكثر من التسمية لم يزد عليها قال: ومحال أن يكون أكثر. قال ابن القاسم: وكذا إن شرطوا على الراعي أنه إن لم يأت بسمة ما مات منها ضمن فلا يضمن. وإن لم يأت بها، وله أجر مثله ممن لا ضمان عليه انتهى. وقال في المسائل الملقوطة: ولا ضمان على الراعي فيما تلف أو ضل وعليه اليمين إن اتهم أنه ما فرط ولا تعدى ولا دلس، ويضمن إن فرط ولا ضمان عليه إن نام مغلوباً في إبان النوم إلا أن يأتي من ذلك ما ينكر، وإن شرط عليه الضمان فسخت الإجارة وله أجرة المثل فيما رعى انتهى. وعلى هذا فقول المصنف: «ولو شرط إلى آخره» صحيح في نفي الضمان إلا أنه يوهم أن ذلك مع صحة العقد، وقد صرح في المدونة بفساده فتأمله والله أعلم.

مسألة: قال في الإرشاد في باب الإجارة: وتلزم بالفاسدة أجرة المثل. قال الشيخ زروق عند الفوات بما تفوت به من انقضاء العمل ونحوه: نعم وكل ما يفيت البيع الفاسد يفيت الإجارة الفاسدة لأنه كالبيع فيما يحل ويحرم، وقد يكون له الأقل من المسمى وأجرة المثل في بعض الصور الفاسدة وقد يكون له الأكثر، وقد يحكم بالمسمى فقط لشبه الصحيحة وقد تسقط لانتفاء الموجب، فانظر ذلك كله انتهى.

اكترى دابة أو ثوراً للطحن فربطه في المطحنة فكسرها أو أفسد آلتها لم يضمن ذلك مكريها إلا أن يغر وهو يعلم ذلك منها لقول مالك: من أكرى دابته عالماً أنها عثور ولم يعلمه ذلك فعثرت فانكسر ما عليها فهو ضامن. ابن عرفة: أخذ بعضهم من مسألة كسر الثور التضمين بالغرور بالقول لأن عقد الكراء إنما هو باللفظ يرد بأن إيجابه لزوم العقد يصيره كالفعل، فالقول إن تضمن عقداً كان غروراً بالفعل لا بالقول (**كحارس ولو حمامياً**). ابن الحاجب: أجير الحراسة لا يضمن شيئاً. من المدونة قال مالك: من جلس يحفظ ثياب من دخل الحمام فضاع منها شيء لم يضمن لأنه بمنزلة الأجير. ابن المواز: قال مالك: من استؤجر يحرس بيتاً فنام فسرق ما فيه لم يضمن وإن غاب عليه وجميع الأجر له، وكذلك حارس النخل. قال ابن المواز: لا يضمن جميع الحراس إلا أن يتعدوا إن كان ما يحرسونه مما يغاب عليه أم لا، طعاماً أو غيره. وكذلك من يعطى متاعاً ليبيعه

وَأَجِيرٍ لِصَانِعٍ: كَسِمْسَارٍ. إِنْ ظَهَرَ خَيْرُهُ عَلَى الأَظْهَرِ. وَنُوتِيٍّ غَرِقَتْ سَفِينَتُهُ بِفِعْلٍ سَائِغٍ.

مسألة: قال في الطرر: وإذا ادعى الراعي أن بعض الغنم لم يصدق إلا أن يأتي بسبب يدل على صدقه فيحلف، ونقله عن نوازل ابن رشد.

مسألة: إذا قال الصانع: هذا متاع فلان وقال فلان: ليس هو لي، فالظاهر أن القول قول الصانع. قال البرزلي مسألة: قال ابن الحاج: إذا احترق الخبز في الفرن فقال الفران: هو لفلان. وقال صاحبه: ليس هو لي، فالقول قول الفران. قاله ابن زرب ثم ذكر عن اللخمي ما مضمونه: إن كان ما يعمل للناس فإنه يصدق، وإن كان يعمل بنفسه لم يصدق. فانظره وأظنه في تضمين الصناع والله أعلم.

فرع: قال في الطرر في ترجمة وثيقة باستئجار جماعة لرعاية غنم: لا يجبر أهل الأفران وأهل الأزحاء وأهل الحمامات على طبخ ولا طحن ولا غيره وكذلك الصناع كلهم، ثم ذكر أن القضاء بطليطلة على جبر الفران على طبخ خبز جاره إذا امتنع بمثل ما يطبخ به خبز مثله. انتهى. ص: **(وأجير لصانع)** ش: يعني أن الأجير الذي يعمل عند الصانع لا ضمان عليه والضمان على الصانع. قال في المدونة في أول كتاب تضمين الصناع: ويضمن القصار ما أفسد أجيره ولا شيء على الأجير إلا أن يتعدى أو يفرط. انتهى. ص: **(وسمسار ظهر خيره على الأظهر)** ش: هذا إذا ادعى ضياع المتاع، وأما لو ادعى أنه باعه من رجل والرجل ينكر فإنه يضمن لتفريطه بعدم الإشهاد. نص على ذلك ابن رشد في نوازله في آخر كتاب البيوع ونصه: وأما السمسار يدعي بيع السلعة من رجل عينه وهو ينكره فلا اختلاف في أنه ضامن لتركه الإشهاد لأنه أتلف السلعة على ربها إذا دفعها إلى المبتاع ولم يتوثق عليه بالإشهاد، ولا يراعى

فيضيع أو يضيع ثمنه إلا أن هذا الأجر له ولا ضمان عليه. **(وأجير لصانع)** من المدونة: يضمن القصار ما أفسده أجيره ولا شيء على الأجير. وفي سماع أصبغ من تضمين الصناع في الغسال يكثر عليه المتاع فيستأجر الأجراء يبعثهم إلى البحر بالثياب إنهم ضامنون. قال ابن رشد: ليس هذا بخلاف لما في المدونة لا ضمان على أجير القصار، لأنهم لما انقلبوا بها يعملون وغابوا عليها فهم كالصناع، سواء أخذ ذلك من التجار أو من الصناع مثلهم **(وسمسار إن ظهر خيره على الأظهر)** تقدم أن من يعطي متاعاً يبيعه لا ضمان عليه. قال ابن عرفة: وهذا واضح إن كان لم ينصب نفسه لذلك، وإن نصب نفسه فالأظهر أنه كالصانع، وأظن أني وقفت على ذلك لبعضهم في الجليس وهو من نصب نفسه في حانوته لشراء الأمتعة قال عياض: كثير من البلاد ينتصبون لذلك. وأما مسمى السمسار ففي ضمانه ما دفع له ليبيعه وما طلبه ربه لمشترٍ أمره بشرائه ثالثها ما لم يكن مأموناً. الأول لسحنون، والثاني للعتبية، والثالث هو الذي أفتى به ابن رشد **(ونوتي غرقت سفينته بفعل سائغ)** من المدونة: إذا غرقت السفينة من أمر النواتية، فإن صنعوا ما يجوز لهم من المد والعمل فيها لم يضمنوا، وإن تعدوا فأغرقوا في مد أو علاج ضمنوا ما هلك فيه من الناس والحمولة. ابن

لاَ إِنْ خَالَفَ مَرْعًى شُرِطَ أَوْ أَنْزَى بِلاَ إِذْنٍ. أَوْ غَرَّ بِفِعْلٍ. فَقِيمَتُهُ يَوْمَ التَّلَفِ. أَوْ صَانِعٍ فِي مَصْنُوعِهِ.

في هذا العرف بترك الإشهاد إذ ليس من المسائل التي يراعى فيها ذلك لافتراق معانيها. انتهى منه بلفظه. وانظر أول الإجارة من مسائل البرزلي، وانظر كلام القاضي عياض في آخر التدليس بالعيوب فقد أطال في ذلك. ص: **(أو أنزى بلا إذن) ش:**.

فرع: قال في الطرر في ترجمة استئجار راع لغنم، سئل بعضهم عما كسر الراعي من الغنم. قال: أما ما كسره بالعصا حين يذودها بها فلا ضمان عليه، وأما ما كسره بالحجارة فعليه الضمان لأنه من التعدي انتهى.

فرع: قال في الترجمة المذكورة: قال في المؤلفة لابن لبابة: إذا عقر الراعي من الغنم مرة وثانية وثالثة ولم يضمنه صاحب الغنم وأمضاه على فعله ولم ينكر عليه ورضي لم يضمنه بعد ذلك انتهى. ص: **(أو صانع في مصنوعه) ش:** قال ابن الحاجب: تلف بصنعه أو بغير صنعه. قال في التوضيح: كما لو ادعى أن سارقاً سرقه.

يونس: يريد في أموالهم. وقيل إن الديات على عواقلهم **(لا إن خالف مرعى شرط)** من المدونة: من شرط رعيه في موضع فرعى في غيره ضمن يوم التعدي وله أجره إلى يومه **(أو أنزى بلا إذن)** من المدونة: إن أنزى الراعي على الغنم بغير إذن أهلها ضمن **(أو غر بفعل)** ابن رشد: لا خلاف أن ما فيه تغرير من الأعمال كثقب اللؤلؤ واحتراق الخبز لا ضمان عليهم في شيء منه إلا أن يفرط أو يتعدى أو يأخذه من غير مأخذه بعمد أو جهل أو خطأ. ومن المدونة: إن سألت خياطاً قيس ثوب فزعم أنه يقطع قميصاً فابتعته بقوله فلم يقطعه، فلا شيء عليه ولا على بائعه. وكذلك الصيـرفي يقول في درهم تريه إياه إنه جيد فيلفى رديئاً، فإن غرا من أنفسهما عوقبا ولا أجر لهما. قاله ابن القاسم في العتبية. ابن رشد: ولو قال للخياط إن جاء من هذا الثوب قميص فاقطعه لي ولك كذا فقطعه فلم يجيء منه قميص فإنه يضمنه، وأما ما فيه تغرير كثقب اللؤلؤ واحتراق الخبز في الفرن فلا ضمان عليه اتفاقاً إن لم يخطأ في فعله، فإن أخطأ كأن تزل يد الخاتن أو يقلع غير الضرس التي أمر بها فهي من جناية الخطأ إن كان من أهل المعرفة، وإن غر من نفسه عوقب ويختلف على من الدية. وفي رسم طلق من تضمين الصناع إنما يسقط الضمان عن الفران إذا بقي من الخبز ما يعرف به أنه خبز صاحبه، وأما إن ادعى أنه احترق ولم يأت منه بشيء يعرف أنه الخبز بعينه لضمن، ومثل هذا سواء الغزل يحترق في الفرن. وانظر في الكتاب المذكور في نوازل أصبغ منه في ثقب اللؤلؤ بين أن يتخذ في موضع الثقب أم لا فرق. ويقبل قوله في ذلك دون بينة لأن ما كان يجوز له أن يعمله يقوم له مقام شاهد. ومثل احتراق الخبز الثوب في قدر الصباغ والحجام يقلع ضرس الرجل فيموت بخلاف إذا قلع غير الضرس التي أمر بها فإنها من جناية الخطأ **(فقيمته يوم التلف)** من المدونة: من أكرى دابة وهي عثور أو ربوض ولم يعلم المكتري بذلك فحمل عليها دهناً من مصر إلى فلسطين فعثرت بالعريش ضمن قيمة الدهن بالعريش. وقال غيره: بمصر لأنه منها تعدى. **(أو صانع في مصنوعه)**. ابن رشد: والأصل في الصناع أن لا ضمان عليهم وأنهم مؤتمنون

لاَ غَيْرِهِ وَلَوْ مُحْتَاجاً لَهُ عَمِلَ.

فرع: قال في المسائل الملقوطة. قال في الكافي في الصانع: تضيع عنده السلعة فيغرم قيمتها ثم توجد أنها للصانع، وكذا لو ادعى على رجل أنه سرق عبده فأنكر فصاحله على شيء ثم وجد العبد قال ابن رشد في سماع يحيى: هو للمدعى عليه ولا ينقض الصلح، صحيحاً كان أو معيباً إلا أن يجده عنده قد أخفاه فيكون لربه. وفي التهذيب في المكتري يتعدى على الدابة فتضل فيغرم قيمتها ثم توجد هي للمكتري انتهى.

تنبيه: قال في التوضيح: ابن رشد: والضمان بسبب الصنعة إنما هو إذا لم يكن فيها تغرير، وأما إن كان فيها تغرير كثقب اللؤلؤة ونقش الفصوص وتقويم السيوف واحتراق الخبز عند الفران والثوب عند الصباغ فلا ضمان عليه فيها إلا أن يعلم أنه تعدى فيها أو أخذها على غير وجه مأخذها، ونحوه لابن المواز انتهى.

تنبيه: تضمين الصناع من المصلحة العامة. قال في التوضيح: وذكر أبو المعالي أن مالكاً كثيراً ما يبني مذهبه على المصالح وقد قال: إنه يقتل ثلث العامة لمصلحة الثلثين. المازري: وهذا الذي حكاه أبو المعالي عن مالك صحيح انتهى. وفي بعض نسخ التوضيح ولكنه في تضمين الصناع، وانظر كلام القرافي في آخر شرح المحصول فإنه تكلم في مسألة المصالح المرسلة بكلام حسن، وأنكر ما ذكره إمام الحرمين عن مالك وقال: إنه لا يوجد في كتب المالكية فتأمله والله أعلم.

لأنهم أجراء، وقد أسقط النبي ﷺ الضمان عن الأجير. وخصص العلماء من ذلك الصناع وضمنوهم نظراً واجتهاداً لضرورة الناس. وكان هذا من الأمور الغائبة الغالبة التي تجب مراعاتها. وقول مالك إنهم ضامنون لما غابوا عليه وادعى تلفه ولم يعلم ذلك إلا بقولهم ولا ضمان عليهم فيما ثبت ضياعه بالبينة من غير تضييع، وتابعه على ذلك جميع أصحابه إلا أشهب فإنه ضمنهم وإن قامت البينة على التلف. ولقوله حظ من النظر لأنه كما وجب أن يضمنوا لمصلحة العامة لم يسقط الضمان عنهم بالبينة حسماً للذريعة، لأن ما طريقه المصالح وقطع الذرائع لا يخصص في موضع من المواضع. أصل ذلك شهادة الابن لأبيه ولأن من ضمن بلا بينة ضمن وإن قامت البينة. أصله الغاصب، ولأن من قبض لمنفعة نفسه فضمن بلا بينة ضمن وإن قامت البينة. أصله القرض وقول مالك أصح **(لا غيره ولو محتاجاً له)**. ابن شاس: قال محمد: يضمن الصانع ما لا صنعة له فيه إذا كان مما لا يستغنى عن حضوره عند الصانع مثل الكتاب المنتسخ منه والمثال الذي يعمل عليه وجفير السيف الذي يصاغ على نصله إذا كان بحيث لو سلم للصانع بغير جفير فسد، ومثله ظرف القمح والعجين. وقال سحنون: لا ضمان عليه في ذلك كله. اللخمي: قول محمد أحسن. وقال ابن رشد: أما إذا كان الثوب غليظاً لا يحتاج لوقاية فلا خلاف أن الصانع لا يضمن المنديل وإلا ففي طرح ضمانه ثلاثة أقوال: الأول لسحنون، والثاني لابن حبيب، والثالث لابن المواز عن مذهب مالك. انظر آخر مسألة من سماع أشهب من تضمين الصناع ففيه كلام طويل، وذكر أنه لا ضمان

وَإِنْ بِبَيِّنَةٍ. أَوْ بِلاَ أَجْرٍ. إِنْ نَصَبَ نَفْسَهُ وَغَابَ عَلَيْهَا.

فرع: قال اللخمي في كتاب الشركة في شركة الأبدان فيما إذا مرض أحد الشريكين: ولو أجر رجلان أنفسها بعمل شيء بعينه أو كانت الإجارة في الذمة لم يكن على أحدهما أن يوفي عمل الآخر وليس كالأول يعني شريكي الصنعة أولئك متفاوضان فلزم أحدهما ما لزم الآخر انتهى. يعني متفاوضين في العمل كالمتفاوضين في المال.

فرع: قال: وقبله إذا كانت الإجارة على عمل رجل لم يجز أن يضمن عنه رجل آخر ذلك الفعل إن مرض أو مات أو غاب اهـ. وقال في كتاب الجعل والإجارة من المدونة: وإن أجرت رجلين على حفر بئر كذا فحفرا بعضها ثم مرض أحدهما فأتمها الآخر فالأجرة بينهما، ويقال للمريض: أرض الحافر من حقك، فإن أبى لم يقض عليه والحافر متطوع له. انتهى.
ص: **(إن نصب نفسه) ش:** ابن عرفة: اللخمي: المنتصب من أقام نفسه لعمل الصنعة التي استعمل فيها كان بسوقها أو داره، وغير المنتصب لها من لم يقم نفسه مقاولاً منها معاشه. قلت: ظاهره ولو كان انتصابه لجماعة خاصة، ونص عياض على أن الخاص بجماعة دون غيرهم لا ضمان عليه. ونحوه لابن رشد في المقدمات. ونحو لفظ اللخمي سماع عيسى: لا ضمان على الصانع حتى ينصب نفسه للعمل. الصقلي إثر سماع عيسى قال بعض شيوخنا: معناه أنه عمله بغير أجر ولو أخذ عليه أجراً صار صانعاً فيضمن وحكى أنه منصوص للمتقدمين. قلت: ففي ضمانه بمجرد نصب نفسه أو بقيد عمومه للناس قولان، الظاهر سماع عيسى مع بعض شيوخه. الصقلي: وطريق عياض مع ابن رشد ص: **(وغاب عليها) ش:** يريد

عليه فيما لا يحتاج إليه في عمله كالآتي للخراز بزوجي خف ليعمل له في أحدهما وأنه مقبول قوله في تلف أحدهما، لكن الشيوخ اختلفوا في صفة تقويم الذي يجب عليه ضمانه منهما، هل يقوم وحده على أنه لا صاحب له أو يقوما معاً ثم يقوم الباقي وحده؟ **(وإن عمل ببينة)** سمع عيسى: لا ضمان على الصانع حتى يكون نصب نفسه للعمل. اللخمي: وسواء كان بسوقها أو داره **(أو بلا أجر)**. ابن رشد: وسواء على مذهب مالك استعمل الصانع بأجر أو بغير أجر. قال في المدونة: ما قبضوه بغير بينة أو عملوه بغير أجر كغيره **(أو نصب نفسه)**. ابن رشد: وهذا في الصانع المشترك الذي نصب نفسه للناس، وأما الصانع الخاص الذي لم ينصب نفسه للعمل للناس ولا ضمان عليه فيما استعمل إياه أو سلم إليه أو عمله في منزل رب المتاع **(وغاب عليها)** ابن رشد: يضمن الصناع كلما أتى على أيديهم من خرق أو كسر أو قطع إذا عملوه في حوانيتهم وإن كان صاحبه قاعداً معه إلا فيما كان فيه تغرير من الأعمال مثل ثقب اللؤلؤ ونقش الفصوص وتقويم السيوف واحتراق الخبز عند الفران والثوب في قدر الصباغ وما أشبه ذلك، فإنه لا ضمان عليهم فيما أتى على أيديهم فيه إلا أن يعلم أنه تعدى فيها أو أخذها على غير وجه مأخذها فيضمن حينئذ. ومثل ذلك البيطار يطرح الدابة فتموت من ذلك، أو الخاتن يختن الصبي فيموت من ختانه،

فَبِقِيمَتِهِ يَوْمَ دَفْعِهِ. وَلَوْ شَرَطَ نَفْيَهُ. أَوْ دَعَا لأَخْذِهِ. إلاَّ أَنْ تَقُومَ بَيِّنَةٌ: فَتَسْقُطُ الأُجْرَةُ،

في بيته فشمل شرطين: الأول: أن لا يكون عمله في بيت رب السلعة وإن كان في بيته فلا

أو الطبيب يسقي المريض فيموت من سقيه، أو يكويه فيموت من كيه، أو يقطع منه شيئاً فيموت من قطعه، أو الحجام يقلع ضرس الرجل فيموت المقلوعة ضرسه، فلا ضمان على واحد من هؤلاء في ماله ولا على عاقلته في جميع هذا لأنه مما فيه التغرير على ذلك الشيء فكان صاحبه هو الذي عرضه لما أصابه. وهذا إذا لم يخطىء في فعله، وأما إذا أخطأ مثل أن يسقي الطبيب المريض ما لا يوافق مرضه، أو تزل يد الخاتن أو القاطع فيتجاوز في القطع، أو الكاوي فيتجاوز في الكي، أو يد الحجام فيقطع غير الضرس التي أمر بها، فإن كان من أهل المعرفة ولم يغر من نفسه فذلك خطأ يكون على العاقلة إلا أن يكون أقل من الثلث فيكون في ماله، وإن كان مما لا يحسن وغر من نفسه فعليه العقوبة. واختلف على من تكون الدية فقال ابن القاسم: على العاقلة، وظاهر قول مالك أنها عليه. وانظر ابن رشد إذا عملوه في حوانيتهم، فإن كان صاحبه قاعداً معه. وله في رسم جعل من تضمين الصناع قال ابن القاسم: إن الصانع ضامن لما أفسد من الأعمال التي يعملها في داره أو في حنوته من غر نفسه أو لم يغر صحيح لا اختلاف فيه إلا أن يكون فيه الفساد من أمر غريب كالنار أن يثبت عليه تفريط. قال: وأما إذا أتى الرجل بالصانع إلى داره فعمل عنده فلا بأس عليه فيما أفسد في عمله إلا أن يغر من نفسه أو يثبت عليه أنه تعدى في عمله لأنه أجير ومؤتمن. وله في سماع ابن خالد: وما علم أنه ليس من فعلهم من قرض فأر أو نخس سوس قال ابن القاسم: وفي المدونة: لا ضمان عليهم فيه أن يضيعوا. ومثل قرض الفأر اختلف إذا ثبت أنه ليس لهم في الفأر سبب. قال مالك في رواية ابن وهب: وكذلك الرهن بين أن يتلف بسيل أو صاعقة أو يكون له في ذلك سبب فرق. وهذا بخلاف ما إذا احترق بيته أو سرق أو ذهب به سيل فادعى أن المطر تلف في جملة متاع بيته اهـ. انظر هذا عند قوله في الرهن: «بكحرقه» **(فبقيمته يوم دفعه)** ابن رشد: إذا ادعى الصانع ضياع المتاع الذي استعمل إياه فإنه يضمن قيمته يوم دفع إليه على ما يعرف من صفته حينئذ إلا أن يقر أن قيمته يوم ضاع كان أكثر من قيمته يوم دفعه إليه، فيكون عليه قيمته يوم أقر أنه تلف عنده أو يظهر عند الصانع بعد دفعه إليه بمدة فيكون عليه قيمته يوم ظهر عنده على ما شهد به من قيمته يومئذ، وإن كانت قيمته يومئذ أقل من قيمته يوم دفعه إليه وكذلك الرهن والعارية **(ولو شرط نفيه)** ابن رشد: إن اشترط الصانع أن لا ضمان عليه لم ينفعه شرطه وكان عليه الضمان. هذا قول مالك في المدونة. وينبغي على هذا أن يكون له أجر مثله لأنه إنما رضي بالأجر المسمى لإسقاط الضمان عليه **(أو دعا لأخذه)** من المدونة: إذا دعاك الصانع لأخذ الثوب وقد فرغ منه ولم تأخذه فهو له ضامن حتى يصل إلى يدك. ابن عرفة: هذا إن لم يقبض أجره **(إلا أن تقوم بينة)** من المدونة: ما قامت بينة أنه ضاع أو سرق أو احترق بمعاينة بينة بغير سبب الصانع لم يضمنه **(فتسقط الأجرة)** من المدونة قال ابن القاسم: لكل صانع أو حمال على ظهر أو سفينة منع ما حمل أو عمل حتى يأخذ أجره، فإن هلك ذلك بأيديهم في منعهم فالصناع ضامنون ولا

وَإِلاَّ أَنْ يُحْضِرَهُ بِشَرْطِهِ وَصُدِّقَ إِنْ ادَّعَى خَوْفَ مَوْتٍ: فَنَحَرَ أَوْ سَرِقَةَ مَنْحُورِهِ، أَوْ قَلْعَ ضِرْسٍ أَوْ صَبْغاً: فَنُوزِعَ. وفُسِخَتْ بِتَلَفِ مَا يُسْتَوْفَى مِنْهُ، لاَ بِهِ إِلاَّ صَبِيٍّ تَعَلُّمٍ وَرَضْعٍ، وَفَرَسِ نَزْوٍ، وَرَوْضٍ،

ضمان عليه جلس معه ربها أم لا، عمل بأجر أم لا. الثاني: أن لا يكون ربه ملازمه وإلا فلا ضمان عليه. قاله في التوضيح. ص: **(وصدق إن ادّعى خوف موت فنحر)** ش: قاله في المدونة: وهذا إذا جاءه بالشاة منحورة أو بثمنها أو ادّعى أنها سرقت منه بعد الذبح، وأما لو أكلها فلا يصدق. قاله أبو عمران في الكافي ونقله أبو الحسن الصغير. وقال في المسائل الملقوطة: وإن أتى بشاة مذبوحة قال: خشيت عليها الموت، صدق في قول ابن القاسم. وكذلك إذا قال: سرقت بعد الذبح وضمنه غيره انتهى. وانظر هل يصدق في هذه المسائل بيمين أم لا. ص: **(لا به إلا صبي تعليم ورضع وفرس نزو وروض)** ش: قال الشارح في الوسط: الحق بهذه الأربع مسائل وهي أن من استأجر على أن يحصد أرضه وليس له غيرها، أو يبني له حائطاً ثم حصل مانع من ذلك، والخياط والحائك يدفع إليه ثوب ليعمله للباس لا للتجارة وليس عنده غيره، والطبيب يوافق على معافاة العليل مدة فيموت قبلها. وألحق بعضهم ما إذا استأجر على الجواهر النفيسة ليضع فيها شيئاً فهلكت والعلة في ذلك تعذر الخلف غالباً انتهى. ونقلها صاحب المسائل الملقوطة.

أجر لهم إلا أن تقوم بينة على الضياع فلا ضمان عليهم ولا أجر لهم، لأنهم لم يسلموا ما عملوا إلى أربابه. من المدونة: إن احترق الثوب عند القصار أو أفسده أو ضاع عنده بعد القصارة ضمن قيمته يوم قبضه أبيض، وليس لربه أن يغرمه قيمته مصنوعاً أو يعطيه أجزه **(إلا أن يحضره لربه بشرطه)** اللخمي: لو أحضر الصانع الثوب ورآه صاحبه مصبوغاً على صفة ما شارطه عليه وكان قد دفع الأجرة ثم تركه عنده فادعى ضياعه لصدق ولأنه أمين، وقد خرج عن حكم الإجارة وصار إلى الإيداع **(وصدق إن ادعى خوف موت فنحر أو سرقة منحوره)** من المدونة قال ابن القاسم: والراعي مصدق فيما هلك أو سرق، ولو قال: ذبحتها ثم سرقت صدق، ولو خاف موت الشاة فأتى بها مذبوحة صدق ولم يضمن **(أو قلع ضرس)** من المدونة قال ابن القاسم: وإذا قلع الحجام ضرس رجل بأجر فقال له: لم آمرك إلا بقلع الذي يليه فلا شيء عليه لأنه علم به حين قلعه فتركه وله أجره إلا أن يصدقه الحجام فلا يكون له أجر، يريد ويكون عليه العقل في الخطأ والقصاص في العمد **(أو صبغ)** من المدونة: إن صبغه أحمر أو أسود وقال بذلك أمرني ربه وقال ربه أخضر، صدق الصانع إلا أن يصبغه صبغاً لا يشبه مثله **(فنوزع فيه)** انظر هذا الضمير هل يعود على ما ذكر **(وفسخت بتلف ما يستوفى منه لا به إلا صبي تعليم ورضاع وفرس نزو وروض)** لو قال: «لا له» لتنزل على كلام ابن رشد. وعبارته أعني ابن رشد: إن استأجره على عمل في شيء بعينه لا غاية له إلا بضرب الأجل وذلك مثل أن يستأجره على أن يرعى له غنماً بأعيانها أو يتجر له في مال شهراً أو سنة، فمذهب المدونة أن هذه الإجارة لا تجوز إلا بشرط الخلف إلا في أربع مسائل،

وسِنٍّ لِقَلْعٍ فَسَكَنَتْ كَعَفْوِ القِصَاصِ،

فرع: قال في مسائل الإجارة من البرزلي: سئل ابن أبي زيد إذا أصاب الأجير في البناء مطر في بعض اليوم منعه من البناء في بعض اليوم قال: فله بحساب ما مضى ويفسخ في بقية اليوم. ومثله لسحنون، ولغيره يكون له جميع الأجر لأن المنع لم يأت من قبله انتهى. وقال ابن عرفة: قال سحنون في وثائقه: إن منع أجير البناء أو الحصد أو عمل ما مطر لم يكن له بحساب ما عمل من النهار وأجيره له كل الأجر لأن المنع لم يكن منه. قال ابن عرفة: ولا يدخل هذا الخلاف في نوازل وقعت في بلدنا بتونس لأن العرف تقرر عندهم بفسخ الإجارة بكثرة المطر ونزول الخوف. انتهى. ذكره في الكلام على ما تفسخ به الإجارة. ص: **(وسن لقلع فسكنت كعفو القصاص)** ش: قال ابن عرفة: ابن شاس: وتنفسخ بمنع استيفاء المنفعة شرعاً كسكون ألم السن المستأجر على قلعها، أو عفو عن القصاص المستأجر على استيفائه. قال ابن عرفة: قلت: هذا إذا كان العفو من غير المستأجر، وانظر هل يقبل قول المستأجر في ذهاب

فإن الإجارة تنفسخ فيها بموت المستأجر له، وموت الصبي المستأجر على تعليمه، وموت الصبي المستأجر على رضاعه، وموت الدابة المستأجر على رياضتها، وعقوق الرمكة قبل تمام الأكوام المشترطة اهـ. وانظر أيضاً قول الشيوخ الحق المتعلق بمعين يسقط بسقوطه. وعبارة ابن الحاجب: تنفسخ الإجارة بتلف العين المستأجرة كموت الدابة المعينة وانهدام الدار، وأما محل المنفعة فإن كان مما يلزم تعيينه كالرضيع والمتعلم فكذلك وإلا لم تنفسخ على الأصح كثوب الخياطة. ومن ابن يونس: الأشياء المستأجر عليها لا تتعين لو استأجره على حمل متاع أو طعام ما احتاج إلى شرط خلفه إن هلك والحكم يوجب خلفه ثم أخبر عن نفسه أنه يقول بقول الغير إنه جائز أن يستأجره على رعاية غنم بأعيانها من غير اشتراط خلف، لأن الحكم يوجب الخلف، ومن الموازية: من استؤجر فيه على عمله أو حمله أو رعايته فلا يصلح أن يشترط أنه ذلك بعينه لا غيره، فيصير رب تلك الأشياء لا يقدر أن يبيعها ويأتي بغيرها قبل تمام المدة، وإن هلكت لم يقدر أن يأتي بغيرها. ولو أراه حين العقد ما يعمله أو يحمله أو يرعاه فإن ذلك كالصفة بما يعمل أو يحمل أو يرعى، فإن شرط أنه بعينه لا يعدوه لم يجز. وقد تقدم قول ابن الحاجب عند قوله: «ودابة لركوبها» أن الراكب إن عين لم يلزم. وقد تقدم عند قوله: «وإلا فله الخلف على آجر كراكب» قول مالك في المدونة إنهم لم يزفوا عروساً في تلك الليلة أن عليهم الكراء. وسيأتي أيضاً إذا عين اليوم فتأخر انفسخ الكراء ولذهاب اليوم المعين. ويرد الكراء ولا يستعمله به في يوم آخر لأنه فسخ دين في دين. وقال المتيطي: إن اكترى دابة ليزف عليها عروساً ليلة معينة فتأخر الزفاف لمرض أو عذر لم يكن عليه كراؤها، وإن كان التأخير اختياراً لزمه الكراء وله أن يكريها في مثله اهـ. فانظر أنت هذا كله ومن ابن يونس: اختلف فيمن استأجر على حصاد زرع فهلك الزرع قبل الحصاد فقال: يحصد له زرعاً آخر، وقيل: تنفسخ الإجارة ويغرم الأجير ثمن الجزء الذي له إن كان استأجره بجزء منه. **(وسن لقلع فسكنت كعفو القصاص)** ابن شاس: تنفسخ الإجارة بمنع استيفاء المنفعة شرعاً كسكون

وَبِغَصْبِ الدَّارِ، وَغَصْبِ مَنْفَعَتِهَا، وَأَمْرِ السُّلْطَانِ بِإِغْلاَقِ الْحَوَانِيتِ، وَحمْلِ ظِئْرٍ، أَوْ مَرَضٍ لاَ تَقْدِرُ مَعَهُ عَلَى رَضَاعٍ وَمَرَضِ عَبْدٍ وَهَرَبِهِ لِكَعَدُوّ، إلاَّ أَنْ يَرْجِعَ فِي بَقِيَّتِهِ

ألمه؟ والأظهر أنه لا يصدق إلا أن يقوم على ذلك دليل وفي يمينه مع ذلك نظر، والأظهر أنها كأيمان التهم. انتهى. ص: **(وحمل ظئر)** ش: أي وتنفسخ الإجارة بحمل الظئر أي المرضعة لأنه يخاف على الولد من لبنها. قال في المدونة في كتاب الجعل والإجارة: وإذا حملت الظئر

ألم السن المستأجر على قلعها والعفو عن القصاص المستأجر على استيفائه. ابن عرفة: هذا إن كان العفو من غير المستأجر وانظر هل يقبل قول المستأجر في سكون ألمه والأظهر أنه لا يصدق **(وبغصب الدار)** في الواضحة: من اكترى داراً سنة أو شهراً فقبضها ثم غصبها إياه السلطان فمصيبة ذلك على ربها ولا كراء له فيما بقي. وقاله مالك في المسودة حين أخرجوا المتكاريين وسكنوا، وكذا في سماع ابن القاسم **(وغصب منفعتها)** ابن حبيب: وسواء غصبوا الدور من أصلها وأخرجوا منها أهلها وسكنوها لا يريدون إلا السكنى حتى يرتحلوا **(وأمر السلطان بإغلاق الحوانيت)** ابن حبيب: وكذلك الحوانيت يأمر السلطان بغلقها الأكراء على مكتريها من ربها. وقال سحنون: الجائحة من المكتري. ولابن حبيب في ذلك تفريق. ابن يونس: ليس هذا كله بشيء لأن كل ما منع المكتري من السكنى من أمر غالب لا يستطيع دفعه من سلطان أو غاصب، فهو بمنزلة ما لو منعه أمر من الله كانهدام الدار أو امتناع ماء السماء حتى منعه حرث الأرض، فلا كراء عليه في ذلك كله لأنه لم يصل إلى ما اكترى، وقال أصبغ: من اكترى رحاً سنة فأصاب أهل ذلك المكان فتنة جلوا بها من منازلهم وجلا معهم المكتري أو بقي آمناً إلا أنه لا يأتيه الطعام لجلاء الناس، فهو كبطلان الرحا بنقص الماء أو كثرته، ويوضع عنه قدر المدة التي جلوا فيها. وكذلك الفنادق التي تكرى لأيام الموسم إذا أخطأها ذلك لفتنة نزلت أو غيرها بخلاف الدار تكرى ثم تنجلي الفتنة وأقام المكتري آمناً أو رحل للوحشة وهو آمن، فإن هذا لا يلزمه الكراء كله، ولو انجلى للخوف سقط عنه كراء مدة الجلاء. اهـ قول ابن يونس **(وحمل ظئر)** من المدونة: إن حملت المرضع فخافوا على الصبي ألهم فسخ الإجارة؟ قال: نعم ولا أحفظه عن مالك. ونقل اللخمي فسخه بمجرد الحمل لا بقيد الخوف على الولد قائلاً: لأن رضاع الحامل يضر الولد **(أو مرض لا تقدر معه على رضاع)** من المدونة: إن مرضت الظئر بحيث لا تقدر على رضاع الصبي فسخت الإجارة، فإن صحت في بقية منها جرت على رضاعه بقيتها ولها من الأجر بقدر ما أرضعت ولا عليها إرضاع ما مرضت. قال غيره: إلا أن يكونا تفاسخا **(ومرض عبد وهربه لكالعدو إلا أن يرجع في بقيته)** من المدونة قال ابن القاسم: من آجر عبده ثم هرب السيد إلى بلد الحرب فالإجارة بحالها لا تنتقض، وأما إن هرب العبد لبلد الحرب أو أبق فإن الإجارة تنفسخ بينهما إلا أن يرجع العبد قبل تمام المدة فيلزمه تمامها. قال مالك: وكذلك لو مرض العبد المستأجر مرضاً بيناً انفسخت الإجارة بينهما إلا أن يصح العبد قبل تمام المدة فيلزمه تمامها. قال غيره: إلا أن يكونا تفاسخا أو

بِخِلَافِ مَرَضِ دَابَّةٍ بِسَفَرٍ ثُمَّ تَصِحُّ، وَخُيِّرَ إِنْ تُبَيِّنَ أَنَّهُ سَارِقٌ، وَبِرُشْدِ صَغِيرٍ عَقَدَ عَلَيْهِ، أَوْ عَلَى

فخيف على الولد فلهم فسخ الإجارة انتهى. قال البساطي: فإن قلت: كلام المدونة يخالف كلام المؤلف من وجهين: أحدهما أنه قال فيها: «إذا خيف» والمؤلف أطلق. والثاني أنه قال فيها «فلهم الفسخ» والمصنف جزم. قلت: قد يجاب عن الأول بأن الغيلة مضمونة بالحمل فأحال في المدونة على الخوف إشارة إلى العلة، وأطلق المصنف إشارة إلى المظنة مع أنك إذا تأملت وجدت الخوف على الولد مقطوعاً به عند الحمل والذي قد يكون وقد لا يكون إنما هو حصول الضرر، وأما الثاني فالظاهر وروده على كلام المصنف انتهى. قلت: قد قدم المصنف هذه المسألة على ما في المدونة فقال: ولزوجها فسخه إن لم يأذن كأهل الطفل إذا حملت. وتقدم هناك عن الشيخ أبي الحسن أنه إن خيف على الصبي الموت وجب عليهم الفسخ، وإن خيف عليه ضرر غير الموت فلهم تركه على الكراهة، وقد تقدم أن هذا الذي قاله أبو الحسن إنما يكون والله أعلم مع عدم تحقق الضرر، وأما لو تحقق الضرر لوجب عليهم الفسخ فجزم المصنف هنا بالفسخ اعتماداً على ما قدمه على أنه لا دليل في كلامه على تحتم الفسخ بل أكثر المسائل التي ذكرها لا يتحتم فيها الفسخ. نعم يعترض على المصنف في تكرارها إلا أن يقال: أراد جمع النظائر التي تفسخ فيها الإجارة وفيه نظر، إذ ليس في كلامه استيفاء لها فتأمله والله أعلم. ص: **(وبرشد صغير عقد عليه)** ش: عبارة المدونة «فاحتلم» لكن قيده الشراح بأن يكون

فسخ ذلك بينهما قبل ذلك فلا يلزمه تمامها. ابن يونس: وكذلك الدار ينهدم بعضها ثم يصلحها ربها قبل الفسخ وقد بقي بعض المدة فيلزمه تمامها، وأما لو انهدم جميعها ثم بناها فلا يلزم المكتري سكنى بقية المدة. ومن العتبية وإن تراوغ العبد المستأجر حتى تمت المدة انفسخت الإجارة، وإن عمل شيئاً فله بحسابه وهذا في شهر أو سنة معينة. وإنما الذي يلزمه عمله بعد ذلك مثل أن يقول: اطحن لي في هذا الشهر في كل يوم ويبة فهذا لا يضر ذكر الوقت، ويلزمه العمل بعد ذلك وليس بواقع على وقت ولكن على عمل مسمى، وكمن قال للسقاء: اسكب لي في هذا الشهر ثلاثين قلة فتراوغ فيه فذلك باقٍ عليه **(بخلاف مرض دابة بسفر ثم تصح)** من المدونة قال ابن القاسم: وإذا اعتلت الدابة المكتراة في الطريق، يريد وهو بعينها فسخ الكراء، وإن صحت بعد ذلك لم يلزمه كراؤها بقية الطريق بخلاف العبد للضرورة في صبر المسافر عليها وهي إن صحت بعده لم تلحقه وإن لحقته فلعله قد اكترى غيرها. ابن يونس: يريد وكذلك لو كان كراؤه للعبد في السفر لأنه يلحقه فيه من الضرورة ما يلحقه في الدابة، وإنما اختلفا. لأن مسألة العبد في الحضر. قاله بعض فقهائنا **(وخير إن تبين أنه سارق)** من المدونة: من استأجر عبداً للخدمة فألفاه سارقاً فهو عيب يرد به كالبيع، ولأنه لا يستطيع التحفظ منه بخلاف ما إذا ألفيت المساقي سارقاً. ابن يونس: لأن أجير الخدمة قد ملكت جميع منافعه فهو كالشراء، والمساقي إنما هو أجير في شيء بعينه فأنت تقدر على التحفظ منه **(وبرشد صغير عقد عليه أو**

سِلَعِهِ وَلِيٌّ. إلاَّ لِظَنٍّ عَدَمِ بُلُوغِهِ، وَبَقي كَالشَّهْرِ: كَسَفِيهِ، ثَلاَثَ سِنينَ، وَبِمَوْتِ مُسْتَحِقٍّ وَقْف آجَرَ، وَمَاتَ قَبْلَ تَقَضِّيهَا عَلَى الأَصَحِّ، لاَ بِإِقْرَارِ المَالِكِ،

رشيداً إذ لا يكفي مجرد الاحتلام في المحجور. انظر ابن عرفة. ص: **(وبموت مستحق وقف آجر ومات قبل تقضيها على الأصح)** ش: قال في الجواهر: إذا مات البطن الأول من أرباب الوقف بعد الإجارة قبل تقضي مدتها انفسخت الإجارة في باقي مدة الإجارة لأنه تناول بالإجارة ما لا حق له فيه. وقيل: إذا أكرى مدة يجوز الكراء إليها لزم باقيها انتهى. ونقل ابن الحاجب القولين من غير ترجيح، قال ابن عرفة: ولا أعرف الثاني لغير ابن شاس، ولم يعزه ابن هارون ولا ابن عبد السلام، وظاهر أقوال الشيوخ نفيه ثم ذكر عن ابن رشد والمتيطي وابن فتوح أنه ينقض بموت المستحق.

تنبيه: قال في الإرشاد في باب الوقف: وتنفسخ بموت الآيل إليه الوقف لا المستأجر. قال الشيخ سليمان البحيري في شرحه ناقلاً عن شرح مؤلفه المعتمد: معنى قولنا أنها تنفسخ بموت مستحق الأجرة أنه إن كان الوقف على بطن بعد بطن فآجر البطن الأعلى ثم مات قبل انقضائها انفسخت فيما بقي، لأن ملك المنفعة انتقل بالموت للبطن الآخر ممن يرجع إليه الوقف، فقد تبين أنه آجر ملكه وملك غيره بخلاف موت الناظر إذا لم يكن من أهل الوقف وموت

على سلعه ولي إلا لظن عدم بلوغه وبقي كالشهر كسفينة ثلاث سنن) من المدونة قال ابن القاسم: من أجر يتيماً في حجره ثلاث سنين فاحتلم بعد سنة ولم يظن ذلك به فلا يلزمه باقي المدة إلا أن يبقى كالشهر ويسير الأيام، ولا يؤاجر وصي يتيمه ولا أب ولده بعد احتلامه. قال يحيى: ورشده وإن أكرى الوصي ربع يتيمه ودوابه ورقيقه سنين واحتلم الصبي بعد مضي سنة، فإن كان يظن بمثله أنه لا يحتلم في مثل تلك المدة فعجل عليه الاحتلام وأونس منه الرشد فلا فسخ له ويلزمه باقيها لأن الوصي صنع ما يجوز له، وأما إن عقد عليه أمداً يعلم أنه يبلغ فيه لم يلزمه في نفسه ولا فيما يملك من ربع وغيره، وكذلك الأب. وأما سفيه بالغ وآجر عليه ولي أو سلطان ربعه ورقيقه سنتين أو ثلاثاً ثم انتقل إلى حال الرشد فذلك يلزمه لأن الولي عقد يومئذ ما يجوز له **(وبموت مستحق وقف آجر ومات قبل تقضيها على الأصح)**. ابن رشد: إن مات البطن الأول من ذوي الوقف بعد الإجارة قبل تمام مدتها انفسخت الإجارة في باقي المدة لتناولها ما لا حق للمستأجر فيه. وقيل: إن أكرى مدة يجوز الكراء إليها لزم باقيها. ابن عرفة: لا أعرف هذا القول الثاني لغير ابن شاس. من المدونة: إن أعمرك رجل حياتك خدمة عبد لم تؤاجره إلا لمدة قليلة كسنة أو سنتين أو أمداً مأموناً، ولو أوصى لك بخدمة عشر سنين وأكريته فيها جاز. وهذا خلاف المخدم حياته لأنه إن مات المخدم سقطت الخدمة والمؤجل يلزم باقيها لورثة الميت **(لا بإقرار المالك)**. ابن عرفة: قول ابن الحاجب: لا تنفسخ الإجارة بإقرار المكري بغصب المكري واضح كقول المدونة في لغو إقرار الراهن بجناية العبد الرهن بعد رهنه لا يقبل على

أَوْ خُلْفِ رَبِّ دَابَّةٍ فِي غَيْرِ مُعَيَّنٍ. أَو حَجٍّ وَإِنْ فَاتَ مَقْصِدهُ أَوْ فِسْقِ مُسْتَأْجِرٍ، وَآجَرَ الْحَاكِمُ، إِنْ لَمْ

المستأجر فإنه لا يفسخ انتهى. ص: **(أو خلف رب دابة في غير معين وحج)** ش: وله أن يرفع الأمر إلى الحاكم فينظر في ذلك، فإن رأى أن في الصبر ضرراً فسخ الكراء، وإن لم يضر لم يفسخ. نقله ابن عرفة عن اللخمي ثم قال ابن عرفة: ولو غاب كرى مضمون ووجد له مثله لم يستحقه مكتريه إلا بالحكم وإن لم يوجد وله ما يكرى به عليه أكرى عليه الحاكم منه، وإن لم يكن له شيء وضاع المكتري بسلفه جاز إن علم له مال، وإن لم يعلم ففي صحة سلفه لذلك قولا ابن القاسم ومحمد. ورجح اللخمي الأول بالقياس الأحروي على منع غرماء مفلس طاع برد ما ابتاعه لبائعه لعجزه عن ثمنه بسلفهم إياه الثمن لربح فيه انتهى. ص: **(أو فسق مستأجر)** ش: قال في المدونة: وإذا ظهر من مكتري الدار دعارة وخلاعة وفسق وشرب خمر لم ينقض الكراء، ولكن الإمام يمنعه ويكف أذاه عن الجيران وعن رب الدار، وإن رأى إخراجه أخرجه وأكراها عليه. قال أبو الحسن: قال ابن يونس: من اكترى داراً وله جيران سوء فله ردها لأن ذلك عيب، ولهذا قال مالك فيمن اشترى داراً ولها جيران سوء: إنه عيب ترد به قال الشارع:

يقولون لي بعت الديار رخيصة ... ولا أنت مديون ولا أنت مفلس

فقلت لهم كفوا الملامة واقصروا ... بجيرانها تغلو الديار وترخص

انتهى.

المرتهن **(أو بتخلف رب الدابة في غير معين وحج وإن فات مقصده)** من المدونة قال مالك: وإن اكتريت من رجل إبله إلى بلد فهرب بها والكراء إلى مكة وغيرها، تكارى عليك الإمام ورجعت عليه بما اكتريت به. ابن المواز: إنما يكرى عليه إذا كان له مال معروف. ومن المدونة: وإذا تغيب الجمال يوم خروجك فليس لك عليه إن لقيته بعد ذلك إلا الركوب أو الحمل وله كراؤه، وهذا في كل سفر في كراء مضمون إلا الحاج فإنه يفسخ وإن قبض الكراء ورده لزوال إبانه. ابن المواز: لأن أيام الحج معينة فإذا فاتت انفسخ الكراء، وكذلك كل ما اكترى أياماً بعينها ولا يتمادى وإن رضيا. ابن يونس: وهذا إذا نقده الكراء لأن بذهاب الأيام المعينة يجب فسخ الكراء ورد ما انتقد فلا يجوز أن يأخذ في ذلك ركوباً لأنه فسخ دين في دين. ومن المدونة قال مالك في الدابة بعينها يكتريها ليركبها إلى غد فيغيب ربها ثم يأتي بعد اليومين والثلاثة فليس له إلا ركوبها. ابن يونس: يريد لأنه لم يقصد تعيين اليوم وإنما قصد الركوب، قال غيره: ولو رفع إلى الإمام النظر وفسخ ما آل إلى الضرر قال ابن القاسم: وإن أكراها أياماً معينة انتقض الكراء فيما غاب منها كالعبد يستأجره شهراً بعينه يمرض أو يأبق فإنه تنتقض الإجارة، وكذلك شهراً بعينه في الراحلة بعينها لركوب أو طحن أو غير ذلك بخلاف المضمون. وقال ابن القاسم: إذا اكترى على الحج فلم يأت الكري حتى فات الإبان فإن المكتري يخير، فإن شاء بقي لقابل بخلاف الأيام المعينة إذا فاتت لا بد من الفسخ. انظر بعد هذا عند قوله: «وعدم بيان الابتداء» **(أو فسق مستأجر وآجر الحاكم إن لم يكف)** من المدونة: وإذا ظهرت من مكتري الدار خلاعة

يَكُفَّ، أَوْ بِعِتْقِ عَبْدٍ وَحُكْمُهُ عَلَى الرِّقِّ. وَأُجْرَتُهُ لِسَيِّدِهِ، إِنْ أَرَادَ أَنَّهُ حُرٌّ بَعْدَهَا.

وقال ابن عرفة: وروى ابن حبيب في فساق ذي دار بين الناس يعاقبه السلطان ويمنعه فإن لم ينته بيعت عليه، اللخمي: وأرى أن يبدأ بعقوبته فإن لم ينته أكريت عليه، فإن لم ينته عن أذايته لإتيانه إليها بيعت عليه، وسمع أبو زيد ابن القاسم آخر مسألة من كتاب السلطان قال مالك في فاسق يأوي إليه أهل الفسق يخرج من منزله وتخارج عليه الدار والبيوت ولا تباع عليه لعله يتوب. ابن القاسم: يتقدم إليه مرة أو مرتين أو ثلاثاً فإن لم ينته أخرج وأكرى عليه. ابن رشد: رواية ابن حبيب يباع عليه خلاف هذا السماع، وقوله فيها أصح لما ذكره من رجاء توبته ولو لم تكن الدار له إلا بكراء أكريت عليه ولم ينفسخ كراؤه. ابن عرفة: لأن فسخ الكراء مضرة على رب الدار، ويحتمل حمل رواية ابن حبيب على من لا ترتفع مضرة فسقه إلا برفع ملكه. وحمل رواية ابن القاسم على من ترتفع مضرته بمجرد كرائها عليه. ابن رشد: وروى يحيى بن يحيى أنه قال: أرى أن يحرف بيت الخمار. قال: وأخبرني بعض أصحابنا أن مالكاً كان يستحب حرق بيت المسلم الذي يبيع الخمر. قيل له: فالنصراني يبيعها بين المسلمين؟ قال: إن تقدم إليه فإن لم ينته أحرقت بيته. قال: وحدثني الليث أن عمر بن الخطاب أحرق بيت رويشد الثقفي لأنه كان يبيع الخمر وقال: أنت فويسق لا رويشد انتهى والله أعلم.

وفسق وشرب خمر لم ينتقض الكراء ولكن الإمام يمنعه من ذلك ويكف أذاه عن الجيران وعن رب الدار، وإن رأى إخراجه أخرجه وأكراها عليه. ابن حبيب: وكذلك إذا ظهر فيها الدعارة والطنابير والزمر وشرب الخمر وبيعها فليمنعه الإمام وليعاقبه، فإن لم ينته أخرجه عن جيرانه وأكراها عليه ولا يفسخ الكراء. وقال مالك في الفاسق يعلن مثل ذلك في دار نفسه إنه يعاقبه على ذلك، فإن لم ينته باع الدار عليه **(أو بعتق عبد)** من المدونة: من آجر عبده سنة أو أخدمه ثم أعتقه قبل السنة لم يعتق حتى تتم، ولو مات السيد قبل السنة لم تنتقض الإجارة ولا الخدمة، ويعتق العبد لتمام السنة من رأس ماله إلا أن يترك المستأجر أو المخدم. قال في سماع عيسى: والكراء للسيد وإن لم يستثن ماله وإن كانت أمة لم يطأها. ابن حبيب: الإجارة أملك به وأحكامه أحكام عبد فاختلف في إجارته فقال مالك: يسأل السيد إن أراد أنه حر بتمام الأجرة صدق والأجرة له ولم يقبضها، وإن أراد تعجيل عتقه فهل للعبد قبضها أم لا؟ **(وحكمه على الرق)** تقدم قول ابن حبيب: أحكامه أحكام العبد **(وأجرته لسيده إن أراد أنه حر بعدها)** تقدم قول مالك: يسأل السيد. وتقدم ما في سماع عيسى فانظره أنت.

فصل في الكراء

وَكِرَاءُ الدَّابَّةِ كَذَلِكَ، وَجَازَ عَلَى أَنَّ عَلَيْكَ عَلَفَهَا، أَوْ طَعَامَ رَبِّهَا، أَوْ عَلَيْهِ طَعَامَكَ، أَوْ لِيَرْكَبَهَا فِي حَوَائِجِهِ، أَوْ لِيَطْحَنَ بِهَا شَهْراً، أَوْ لِيَحْمِلَ عَلَى دَوَابِّهِ مِائَةً، وَإِنْ لَمْ يُسَمِّ مَا لِكُلٍّ، وَعَلَى حَمْلِ آدِمِيٍّ لَمْ يَرَهُ، وَلَمْ يَلْزَمْهُ الفَادِحُ، بِخِلاَفِ وَلَد وَلَدَتْهُ،

فصل كراء الدواب

ص: **(أو ليركبها في حوائجه أو ليطحن بها شهراً)** ش: «شهراً» قيد في المسألتين.

ص: **(ولم يلزم الفادح)** ش: قال عياض: الفادح من الرجال والأحمال العظام الثقال التي

فصل

ابن شاس: القسم الثالث في استئجار الدواب وهي تستأجر لأربع جهات: للركوب وللحمل وللاستقاء وللحراثة **(وكراء الدابة كذلك)**. ابن شاس: أقسام الإجارة في الآدمي والأراضي والدواب، وجعل أركان الأقسام الثلاثة واحدة **(وجاز على أن عليك علفها أو طعام ربها أو عليه طعامك)** من المدونة: لا بأس أن تكتري إبلاً من رجل على أن عليك رحلتها، أو تكتري دابة بعلفها أو أجيراً بطعامه أو إبلاً على أن عليك علفها، أو طعام ربها أو على أن عليه هو طعامك ذاهباً وراجعاً، فذلك كله جائز، وإن لم توصف النفقة لأنها معروف. وقد قال مالك: لا بأس أن يؤاجر الحر العبد أجلاً معلوماً بطعام في الأجل أو بكسوته وكذلك إن كان مع الكسوة أو الطعام دنانير أو دارهم أو عروض بعينها معجلة فلا بأس به، وإن كانت عروضاً مضمونة بغير عينها جاز تأخيرها إن ضربا لذلك أجلاً كأجل السلم **(أو ليركبها في حوائجه أو ليطحن بها شهراً)** من المدونة: من اكترى دابة ليركبها في حوائجه شهراً متى شاء من ليل أو نهار، فإن كان على ما يركب الناس الدواب جاز. وكذلك إن اكتراها لطحين قمح شهراً بعينه ولم يذكركم يطحن كل يوم لأن طحين الناس معروف **(أو ليحمل على دوابه مائة ولم يسم ما لكل)** من المدونة: ومن استأجر دواب لرجل واحد في صفقة ليحمل عليها مائة أردب قمح ولم يسم ما يحمل على كل دابة جاز. وليحمل على كل دابة بقدر قوتها، وإن كانت الدواب لرجال شتى وحملها مختلف لم يجز إذ لا يدري كل واحد بما اكترى كالبيوع **(وعلى حمل آدمي لم يره ولم يلزمه الفادح بخلاف ولد ولدته)** من المدونة: من أكرى من رجل على حمل رجلين أو امرأتين لم يرهما جاز لتساوي الأجسام إلا الخاص، فإن أتاه بفادحين لم يلزمه ذلك يريد لا يلزمه حملهما والكراء قائم بينهما ويأتي بالوسط من ذلك أو يكري الإبل في مثل ذلك. وأجاز مالك للمكتري أن يحمل في غيبته ثوباً أو ثوبين لغيره ولا يخبر بذلك الجمال وهو من شأن الناس، ولو بين هذه الأشياء ووزنها كان أحسن. وإذا ولدت المكترية في الطريق أجبر الحمال على حمل الولد وإن لم يشترط ذلك. ابن

وَبَيْعِهَا، وَٱسْتِثْنَاءُ رُكُوبِهَا الثَّلاَثَ، لاَ جُمُعَةً. وَكُرِهَ الْمُتَوَسِّطُ، وَكِرَاءُ دَابَّةٍ شَهْراً، إِنْ لَمْ يَنْقُدْ، وَالرِّضَا بِغَيْرِ الْمُعَيَّنَةِ الهَالِكَةِ، إِنْ لَمْ يَنْقُدْ، أَوْ نَقَد، وَٱضْطُرَّ، وَفِعَلَ الْمُسْتَأْجَرَ عَلَيْهِ، وَدُونَهُ، وَحَمْلٌ بِرُؤْيَتِهِ، أَوْ كَيْلِهِ، أَوْ وَزْنِهِ، أَوْ عَدِّهِ، إِنْ لَمْ تَتَفَاوَتْ، وَإِقَالَةٌ قَبْلَ النَّقْدِ وَبَعْدَهُ، إِنْ لَم يَغِبْ عَلَيْهِ،

تهلك الدواب انتهى. ص: **(وبيعها واستثناء ركوبها الثلاثة) ش:** تصوره ظاهر والمسألة في المدونة وغيرها. قال القرطبي في شرح مسلم وغيره: يجوز بيع البعير واستثناء ركوبه لحديث جابر في الصحيحين، لكن قال مالك: إذا كانت المسافة معلومة قريبة وحمل الحديث عليه انتهى. ص: **(وكراء دابة شهراً إن لم ينقد) ش:** قوله: «دابة» يريد معينة، وقوله: «شهراً» يعني يكتريها ولا يركبها إلا بعد مضي شهر وهذا لا يجوز النقد فيه لأن الإجارة المعينة إذا لم يشرع فيها لم يجز النقد لأنه يصير تارة ثمناً وتارة سلفاً. قال في المدونة: ومن اكترى دابة بعينها على أن يركبها إلى يوم أو يومين، وما قرب جاز وجاز النقد فيه، وإن كان إلى شهر أو شهرين جاز ما لم ينقد اهـ. ص: **(وإقالة بزيادة قبل النقد وبعده إن لم يغب عليه) ش:**

يونس: يريد لأنه العرف **(وبيعها واستثناء ركوبها)** من المدونة قال مالك: من باع دابة واستثنى ركوبها يوماً أو يومين أو يسافر عليها اليوم أو إلى المكان القريب جاز ذلك، ولا ينبغي فيما بعد وضمانها من المبتاع فيما يجوز استثناؤه، ومن البائع فيما لا يجوز استثناؤه **(الثلاثة لا جمعة وكره المتوسط)**. اللخمي: من باع راحلة واستثنى ركوبها يوماً أو يومين وهي في الحضر أو في السفر جاز، ويكره ما زاد على ذلك ويمنع ما كثر كالجمعة **(وكراء دابة شهراً إن لم ينقد)** لعله إلى شهر. من المدونة قال ابن القاسم: إن اكترى راحلة بعينها على أن يركب عليها إلى اليومين وما قرب جاز ذلك، وجاز النقد، وإن كان الركوب إلى شهر أو شهرين جاز ما لم ينقد. ابن يونس: لأن ضمانها من ربها ففارقت بيع المعين يتأخر قبضه **(والرضا بغير المعينة الهالكة إن لم ينقد أو نقد واضطر)** من المدونة قال مالك: ولو هلكت الدابة المعينة ببعض الطريق يريد وقد نقده، فلا ينبغي أن يعطيه دابة أخرى يركبها بقية سفره إلا أن يصيبه ذلك بفلاة وموضع لا يوجد فيه كراء، فلا بأس به في الضرورة إلى موضع مستعتب فقط، وسواء تحول في كراء مضمون أو معين إذا كان الكراء الأول معيناً. وقد تقدم قول ابن رشد: إن لم ينقد جاز له كراء مبتدأ. انظر عند قوله: «ودابة لركوب» **(وفعل المستأجر عليه ودونه)** من المدونة: من اكترى دابة لحمل محمل فحمل زاملة فعطبت، فإن كان ذلك أقل ضرراً من المحمل أو مساوياً له لم يضمن، وله أن يحمل غير ما سمى إن لم يكن ذلك أضر ولا أثقل، ورب زاملة أثقل من محمل **(وحمل برؤيته أو كيله أو وزنه أو عدده إن لم يتفاوت)**. ابن شاس: الجهة الثانية استئجار الدابة للحمل ويعرف قدر المحمول بالرؤية إن كان حاضراً، فإن كان غائباً فيذكر الكيل أو الوزن أو العدد فيما لا كبير تفاوت بين آحاده. **(وإقالة بزيادة قبل النقد وبعده إن لم يغب عليه)** من المدونة قال مالك: من أكرى إلى الحج أو غيره ثم تقايلا برأس المال أو بزيادة وقد نقده أو لم ينقده، فإن كان قبل الركوب وقبل النقد أو بعد النقد

وَإلاَّ فَلاَ، إلاَّ مِنَ الْمُكْتَرِي فَقَطْ، إن ٱقْتَصَّا، أَوْ بَعْدَ سَيْرٍ كَثِيرٍ، وَٱشْتِرَاطُ هَدِيَّةِ مَكَّةَ، إنْ عُرِفَ، وَعَقْبَةِ الأَجِيرِ، لاَ حَمْلِ مَنْ مَرِضَ، وَلاَ ٱشْتِرَاطُ إنْ مَاتَتْ مُعَيَّنَةٌ أَتَاهُ بِغَيْرِهَا: كَدَوَابَّ لِرِجَالٍ، أَوْ لأَمْكِنَةٍ، أَوْ لَمْ يَكُنِ العُرْفُ نَقْدَ مُعَيَّنٍ. وَإنْ نَقَدَ، أَوْ بِدَنَانِيرَ عُيِّنَتْ، إلاَّ بِشَرْطِ الْخَلَفِ،

يعني أنه لا يجوز الإقالة برأس المال وتجوز بزيادة قبل النقد وبعده وقبل الغيبة عليه من المكتري والمكري، ويريد إذا كانت الزيادة معجلة، وقد استوفى أقسامها في المقدمات. ص: **(واشتراط هدية مكة إن عرف)** ش: نحوه في المدونة.

فائدة: قال بعده في المدونة: وأجاز للمكتري أن يحمل في غيبته ثوباً أو ثوبين لغيره ولا يخبر بذلك الحمال وهو من شأن الناس ولو بين هذه الأشياء ووزنها كان أحسن. انتهى والله أعلم. ص: **(ولا اشتراط إن ماتت معينة أتاه بغيرها)** ش: قال في المدونة: وإن اشترط في

وقبل غيبته عليه فلا بأس بالزيادة ممن كانت **(وإلا فلا إلا الزيادة من المكتري فقط إن اقتصا أو بعد سير كثير)** لو قال: «أو من المكري بعد سير كثير» لكان واضحاً أو يكون «بعد سير» معطوف على «من المكتري» كقوله سبحانه: ﴿وأتبعوا في هذه لعنة ويوم القيامة﴾ [هود: ٦٠] قال مالك: وإن نقده وتفرقا جازت الزيادة من المكتري قصاصاً لأن يأخذ أقل مما دفع فلا تهمة في ذلك، ولم تجز من المكتري لأنه رد أكثر مما أخذ فهو سلف جر منفعة، وصار الكراء محللاً. وكذلك بعد سيرهما يسيراً من المسافة للتهمة أن يكون ذلك محللاً. قال مالك: وأما بعد السير الكثير من الطريق مما لا يتهمان فيه فجائز أن يزيده الكراء إذا عجل الزيادة، وهذا بخلاف البيوع وأكرية الدور **(واشتراط هدية مكة إن عرف وعقبه الأجير)** من المدونة: لو شرط عليه حمل هدايا مكة فإن كان أمراً عرف وجهه جاز وإلا لم تجز. قال مالك: ولا بأس أن يكتري محملاً ويشترط عقبة الأجير. ابن يونس: لأنه أمر معروف **(لا حمل من مرض)** من المدونة قال ابن القاسم: من تكارى من رجل إلى مكة بمثل ما يتكارى الناس لم يجز قال: وإن أكرى مشاة على أزوادهم على أن لهم حمل من مرض منهم لم يجز **(ولا اشتراط إن ماتت معينة أتاه بغيرها)** قال ابن القاسم وعبد الملك: من اكترى دابة بعينها إلى بلد ثم أراد أن يتحول إلى دابة أوطأ منها لم يجز، لا بزيادة ولا غيرها. قال في الواضحة: ولو شرط في أول كرائه أنه إن ماتت فدابته الأخرى بعينها مكانها إلى غاية سفره، أو شرط إن بقي كراؤه مضموناً عليه فلا خير فيه **(كدواب لرجال)** تقدم نص المدونة: إن كانت الدواب لرجال لم يجز **(أو لأمكنة)** من المدونة قال ابن القاسم: من اكترى دابتين واحدة إلى برقة وأخرى إلى إفريقية وهما لرجل واحد لم يجز حتى يعين التي إلى برقة والتي إلى إفريقية **(أو لم يكن العرف نقد معين وإن نقد)** تقدم نص المدونة: من اكترى دابة أو داراً أو استأجر أجيراً بشيء بعينه فإن كانت سنة الكراء بالبلد بالنقد جاز، وإن لم تكن سنتهم بالنقد لم يجز وإن عجلت هذه الأشياء إلا أن يشترط النقد في العقد **(أو بدنانير عينت إلا أن يشترط الخلف)** من المدونة قال ابن القاسم: وإن اكترى ما ذكرنا بدنانير معينة ثم تشاحا في النقد قضى بنقدها وإلا لم يجز الكراء إلا أن يشترط تعجيلها في العقد كقول مالك فيمن ابتاع سلعة

أَوْ لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا مَا شَاءَ. أَوْ لِمَكَانَ شَاءَ. أَوْ لِيُشَيِّعَ رَجُلاً. أَوْ بِمِثْلِ كِرَاءِ النَّاسِ. أَوْ إِنْ وَصَلْتُ فِي كَذَا فَبِكَذَا. أَو لِيَنْتَقِلَ لِبَلَد وَإِنْ سَاوَتْ إِلاَّ بِإِذِن كَإِرْدَافِهِ خَلْفَكَ. أَوْ حَمْلِ مَعَكَ، وَالكِرَاءُ لَكَ، إِنْ لَمْ تَحْمِلْ زِنَةً: كَالسَّفِينَةِ، وَضَمِنَ إِنْ أَكْرَى لِغَيْرِ أَمِين، أَوْ عَطِبَتْ بِزِيَادَةِ مَسَافَةٍ

المعينة إن ماتت أتاه بغيرها لم يجز. انتهى. ص: **(أو عطبت بزيادة المسافة أو حمل تعطب به)** ش: يعني أن الدابة إذا عطبت بزيادة المسافة فإنه يضمنها، وسواء كانت الزيادة مما تعطب الدابة في مثلها أم لا، وكذا يضمن الدابة إذا عطبت بسبب زيادة في الحمل إذا كانت الزيادة مما تعطب الدابة بمثلها.

بدنانير في بلد آخر عند قاض أو غيره: فإن شرط ضمانها إن تلفت جاز وإلا لم يجز البيع. فأرى إن كان الكراء لا ينقد في مثله فلا يجوز إلا أن يشترط في الدنانير إن تلفت فعليه مثلها **(أو ليحمل عليها ما شاء أو لمكان شاء)** من المدونة قال ابن القاسم: وإن اكترى دابة ولم يسم ما يحمل عليها لم يجز إلا من قوم قد عرف حملهم فذلك لازم على ما عرفوا به من الحمل. ولو قال: احمل عليها مما شئت لم يجز لاختلاف ضرر الأشياء في الحمل، وكذلك ليركبها إلى أي بلد شاء لم يجز لاختلاف الطرق بالسهولة والوعورة، وكذلك الحوانيت والدور وكل ما تباعد لا اختلاف فيه لأن في ذلك ما هو أضر بالجدرات **(أو ليشيع رجلاً)** من المدونة: لا يجوز كراء دابة ليشيع عليها رجلاً حتى يسمي منتهى التشييع. قال غيره: إلا أن يكون مبلغ التشييع بالبلد قد عرف فلا بأس به **(أو بمثل كراء الناس)** من المدونة قال ابن القاسم: من تكارى من رجل إلى مكة بمثل ما يتكارى به الناس لم يجز **(أو إن وصلت في كذا فبكذا)** من المدونة قال ابن القاسم: ومن اكترى من رجل دابة على أنه إن بلغ موضع كذا يوم كذا وإلا فلا كراء له لم يجز، وكذلك على أنه إن بلغه إلى مكة في عشرة أيام فله عشرة دنانير، وإن أدخله في أكثر فله خمسة دنانير لم يجز ويفسخ **(أو ينقل إلى بلد وإن ساوت إلا بإذنه)** من المدونة: ومن اكترى من رجل على حمولة إلى بلد فليس له صرفها إلى غير البلد الذي اكترى إليه وإن ساواه في المسافة والصعوبة والسهولة إلا بإذن الكري، ولم يجزه غيره وإن رضيا لأنه فسخ دين في دين **(كإردافه خلفك أو حمل معك والكراء لك إن لم تحمل زنة كالسفينة)** من المدونة قال مالك: وإن اكتريت دابة بعينها فليس لربها أن يحمل تحتك متاعاً ولا يردف رديفاً وكأنك ملكت ظهرها، وكذلك السفينة. وإن حمل في متاعك على الدابة متاعاً بكراء أو بغير كراء فلك كراؤه إلا أن تكون اكتريت منه على حمل إن طال مسماة فالزيادة له. قال أشهب: إن أكراه ليحمل وحده أو مع متاعه فكراء الزيادة للمكتري. ابن يونس: قال غير واحد من أصحابنا: قول أشهب وفاق لابن القاسم **(وضمن إن اكترى لغير أمين)** من المدونة قال مالك: وإن اكترى دابة ليركبها فحمل مكانه مثله في الخفة والأمانة لم يضمن، وإن أكرى ممن هو أثقل منه أو من غير مأمون ضمن **(أو عطبت بزيادة مسافة)** من المدونة قال ابن القاسم: وإذا بلغ المكتري الغاية الذي اكترى إليها ثم زاد ميلاً أو نحوه فعطبت الدابة فلربها كراؤه الأول والخيار في أخذ قيمة كراء الزيادة بالغاً ما بلغ، أو قيمة

أَوْ حَمْلٍ تَعْطَبُ بِهِ،

تنبيهات: الأول: قوله: «أو عطبت» بزيادة مسافة ظاهره أنه إذا زاد على المسافة التي اكترى إليها يضمن ولو كان اكترى ذاهباً وراجعاً. ولا يعتبر قدر الرجوع مما زاد على المسافة كما تقول الشافعية إنه لا يضمن حتى يزيد على المسافة المشترطة قدر الرجوع الذي يستحقه وهو كذلك. قال في كتاب الرواحل من المدونة: قال مالك: وإن اكتراها إلى بلد ذاهباً وراجعاً فعطبت الدابة يوم وصوله إلى البلد لم يضمن المكتري ولربها نصف الكراء فقط، وإن جاوزها فلربها أخذ قيمته يوم تعديه مع كرائها إلى ذلك الموضع وإن شاء أخذ دابته وكراء ما تعدى فيه. قال ابن يونس: يريد مع كراء الأول. ويفهم ذلك من مسألة المدونة الآتية في شرح قول المصنف إلا أن يحبسها كثيراً.

الثاني: قول المصنف: «ضمن في هذه المسائل» معناه أن رب الدابة مخير في أن يأخذ قيمتها أو يأخذ الكراء الأول وكراء الزيادة.

الثالث: ظاهر كلامه أن التعدي في زيادة المسافة من التعدي في زيادة الحمل وليس كذلك، فإنه إذا تعدى بزيادة المسافة يخير رب الدابة في أن يأخذ قيمتها يوم التعدي مع كرائه الأول، أو يأخذ كراءه الأول مع كراء مثل ما تعدى، وأما إذا تعدى بزيادة الحمل فإن ربها يخير بين أن يأخذ كراء مثل ما زاد على الدابة بالغاً ما بلغ مع الكراء الأول، أو قيمة الدابة يوم التعدي ولا كراء له . قال في المدونة في المسألة الثانية: وإذا زاد المكتري على الدابة في الحمل الذي شرط فعطبت فإن زاد ما تعطب في مثله خير ربها في أخذ المكتري بقيمة كراء ما زاد على الدابة فى الحمل بالغاً ما بلغ مع الكراء الأول، أو قيمة الدابة يوم التعدي ولا كراء له. قال ابن يونس: يريد إذا زاد على ذلك في أول المسافة، وإن زاد بعد أن سار نصف الطريق واختار ربها أخذ قيمة الدابة فله قيمة الدابة يوم التعدي ونصف الكراء الأول، وكذلك في ثلث الطريق أو ربعه ثلث الكراء أو ربعه مع قيمة الدابة انتهى. وقال في المسألة الأولى: وإذا بلغ المكتري الغاية التي اكترى إليها ثم زاد ميلاً فعطبت الدابة فلربها كراؤه الأول والخيار في أخذ قيمة كراء الميل الزائد ما بلغ أو قيمة الدابة يوم التعدي

الدابة يوم التعدي. قال ابن القاسم عن مالك: يضمن في زيادة الميل ونحوه، وأما مثل ما يعدل الناس إليه في المرحلة فلا يضمن (**أو حمل تعطب به**) من المدونة قال مالك: وإذا زاد المكتري على الدابة في الحمل الذي شرط فعطبت، فإن زاد ما تعطب بمثله خير ربها بين أخذ المكتري بقيمة كراء ما زاد على الدابة بالغاً ما بلغ مع الكراء الأول، أو قيمة الدابة يوم التعدي ولا كراء له. ابن يونس: يريد إذا زاد ذلك في أول الحمل، وإن زاد بعد أن سار نصف الطريق واختار أخذ قيمة الدابة فله أخذ قيمة الدابة يوم التعدي ونصف الكراء الأول، وكذلك في ثلث الطريق أو ربعها له ثلث الكراء أو ربعه مع قيمة

وَإِلاَّ فَالْكِرَاءُ: كَأَنْ لَمْ تَعْطَبْ، إِلاَّ أَنْ يَحْبِسَهَا كَثِيراً فَلَهُ كِرَاءُ الزائِدِ، أَوْ قِيمَتُهَا. وَلَكَ فَسْخُ عَضُوض، أَوْ جَمُوح، أَوْ أَعْشَى أَوْ دَبَرُهُ فَاحِشاً:

انتهى. ص: **(وإلا فالكراء)** ش: أي وإن لم تكن الزيادة التي في الحمل مما تعطب الدابة بمثلها فلا يلزم المكتري إلا كراء الزيادة ولو عطبت الدابة وهذا هو المشهور، أعني أنه يفرق بين الزيادة في المسافة وبين الزيادة في الحمل. ففي زيادة المسافة يضمن إذا عطبت مطلقاً، سواء كانت الزيادة مما تعطب بمثلها أم لا، وفي زيادة الحمل لا يضمنها إذا عطبت إلا إذا زاد زيادة تعطب بمثلها. قال أبو الحسن الصغير: والفرق بينهما أن التعدي بزيادة الحمل اليسير الذي لم تعطب بمثله مستنداً إلى إذنٍ وتعدٍ، فالإدن في الحمل المعتاد والزيادة في اليسير إنما هو تعد فقط والله أعلم.

فرع: الشعبي عن أحمد بن عبد الله: إذا حمل على الدابة المكتراة إلى موضع أقل من الشرط غلطاً منه حتى وصل فعليه الكراء كاملاً إذ لو شاء لتثبت في حمل الجميع انتهى. ص: **(كأن لم تعطب)** ش: يعني أن الدابة إذا لم تعطب فلا يلزم المكتري إلا كراء ما زاد من الحمل أو المسافة وإن كانت الدابة تعطب بمثل ذلك ثم استثنى من زيادة المسافة. ص: **(إلا أن يحبسها كثيراً فله كـراء الزيادة وقيمتها)** ش: ويشير به إلى قوله في المدونة: ومن اكترى دابة من مصر إلى برقة ذاهباً وراجعاً إلى مصر فتمادى إلى إفريقية وعاد إلى مصر، فرب الدابة مخير في أخذ قيمة كرائها من برقة إلى إفريقية ذاهباً وراجعاً إلى برقة ما بلغ مع كرائه الأول أو نصف الكراء الأول مع قيمتها ببرقة يوم التعدي ردها بحالها أو بغير حالها؟ لأن سوقها قد تغير وقد حبسها المكتري عن نفعه بها وعن أسواقها. انتهى. ص: **(ولك فسخ عضوض أو**

الدابة **(وإلا فالكراء)** قال مالك: وإن زاد ما لا تعطب بمثله فعطبت فله كراء الزيادة فقط مع الكراء الأول. ابن يونس: لأن عطبها ليس من أجل الزيادة وذلك بخلاف مجاوزة المسافة، لأن مجاوزة المسافة تعد كله فيضمن إذا هلكت في قليله وكثيره، والزيادة على الحمل المشترط اجتمع فيه إذن وتعد، فإن كانت الزيادة لا تعطب في مثلها علم أن هلاكها فيما أذن له فيه. ابن يونس: وصفة كراء الزيادة في الحمل الذي وجب لربها واختاره فيما تعطب فيه أن يقال؛ كم يساوي كراء هذه الزيادة على هذه الدابة المحملة حسبما تعدى عليه المكتري؟ فيكون ذلك لربها مع كرائه الأول **(كأن لم تعطب)** من المدونة: لو ردها بحالها بعد أن زادها الميل والأميال أو بعد أن حبسها اليوم ونحوه قال ابن حبيب عن مالك: أو أياماً يسيرة لم يضمن إلا كراء الزيادة **(إلا أن يحبسها كثيراً فله كراء الزائد أو قيمتها)** قال ابن القاسم: وأما إن كثرت الزيادة أو حبسها أياماً أو شهراً وردها بحالها فلربها كراؤه الأول والخيار في أخذ قيمتها يوم التعدي، أو كراؤها فيما حبسه فيه من عمل أو حبسه إياها بغير عمل ما بلغ ذلك وإن لم تتغير. وانظر مسألة نزلت: اكترى ما يدرس به حباً ليوم واحد بدرهم فحبسه سنين وهو لا يساوي ثلاثة دراهم **(ولك فسخ عضوض أو جموح أو عثر أو دبرة فاحشاً)** من

كَأَنْ يَطْحن لَكَ كُلَّ يَوْم أَرْدَبَّيْنِ بِدِرْهَم، فَوُجِدَ لاَ يَطْحن إِلاَّ أَرْدَبًّا. وإِنْ زَادَ أَوْ نَقَصَ مَا يُشْبِهُ الْكَيْلَ فَلاَ لَكَ وَلاَ عَلَيْكَ.

فصل

جَازَ كِرَاءُ حَمَّام، وَدَارُ غَائِبَةَ: كَبَيْعِهَا،

جموح أو أعشى أو دبرة فاحشاً) ش: قال في الشامل: ولك فسخ كراء عضوض وأعشى وعثور وجموح وذي دبرة فاحشة وقيد إن كان بمستعتب وإلا تمادى وحط عنه قيمة العيب كما لو لم يعلم به حتى وصل انتهى. والأعشى هو الذي لا يبصر بالليل، والجموح القوي الرأس الذي لا يقاد إلا بعسر والعضوض الذي يعض من يقرب منه، والدبر العقر الذي يحصل في ظهور الإبل. قاله بهرام. ص: **(كان يطحن لك كل يوم أردبين بدرهم فوجد لا يطحن إلا أردباً)** ش: هكذا قال في كتاب الرواحل من المدونة ونصها: وإن اكتريت ثور التطحن عليه كل يوم أردبين بدرهم فوجدته لا يطحن إلا أردباً فلك رده وعليك في الأردب نصف درهم انتهى. وظاهر كلام المدونة أن عقد الكراء صحيح وليس بفاسد وهو جارٍ على أحد القولين المشهورين اللذين تقدما فيما إذا قيد العمل بالزمان وتحمل العمل كما أشار إلى ذلك القاضي عياض في التنبيهات في كتاب كراء الرواحل، وأشار إلى ذلك اللخمي، وتقدم أن الخلاف إنما هو فيما يمكن أن يعمل وأن يتمه في ذلك الزمان والله أعلم. ص: **(وإن زاد أو نقص ما يشبه الكيل فلا لك ولا عليك)** ش: لو جعل من تمام المسألة التي قبله ما بعد والله أعلم.

فصل

ص: **(جاز كراء حمام ودار غائبة كبيعها)** ش: قال في المدونة: ولا بأس بكراء أرض أو

المدونة: وإن اكتريت دابة أو بعيراً بعينه فإذا هو عضوض أو جموح أو لا يبصر بالليل أو دبرت تحتك دبرة فاحشة يؤذيك ريحها، فما أضر من ذلك براكبها فلك فيها الفسخ لأنها عيوب والكراء غير مضمون **(كأن يطحن لك كل يوم أردبين بدرهم فوجد لا يطحن إلا أردباً)** تقد نص المدونة بهذا بحسب الانجرار عند قوله: «وهل تفسد إن جمعهما» **(وإن زاد أو نقص ما يشبه الكيل فلا لك ولا عليك)** من المدونة قال ابن القاسم: وإذا حمل لك رجل طعاماً فزاد أو نقص ما يشبه زيادة الكيل ونقصه فلا شيء له ولا عليه من ضمان ولا حصة كراء.

فصل

(جاز كراء حمام) من المدونة: لا بأس بكراء الحمامات. اللخمي: إن كانوا يدخلون مستترين. انظر في الإمامة عند قوله: «أو فاسقاً بجارحة» **(ودار غائبة كبيعها)** من المدونة قال ابن القاسم: من

أَوْ نِصْفِهَا، أَوْ نِصْفِ عَبْد وَشَهْراً عَلَى إِنْ سَكَنَ يَوماً: لَزِمَ، إِنْ مَلَكَ البَقِيَّةَ،

دار غائبة ببلد قريب أو بعيد على صفة أو رؤية متقدمة وينقده كالبيع، ثم لا رد له إن وجدها على الصفة وإنما يجوز ذلك على رؤية متقدمة منذ أمد لا تتغير في مثله. انتهى. أبو الحسن: قوله: «وينقده كالبيع» قال أحمد: قال محمد بن إبراهيم: ولا ينقده على صفة ربها وإنما ينقده على صفة غيره أو يرسل المكتري رسولاً يبصرها انتهى. ص: (**أو نصفها أو نصف عبد**) ش: قال في كراء الدور منها: وتجوز إجارة نصف دابة أو نصف عبد يكون للمستأجر يوماً وللذي له النصف الآخر يوماً كالبيع ثم قال: ولا بأس بكراء نصف دار أو سدسها أو جزء شائع قل أو كثر كالشراء، قال أبو الحسن في شرح الكلام الأول: قال اللخمي: فيستعمله المستأجر، وذكر كلام اللخمي المتقدم ذكره في التنبيه الأول عند قول المصنف: «قدر على تسليمها» ص: (**إن ملك البقية**) ش: يعني إن كان المكتري يملك منفعة البيت في بقية الشهر إن شاء سكن وإن شاء أسكن غيره، قال في المدونة: ومن استأجر بيتاً شهراً بعشرة دراهم على أنه إن سكن فيه يوماً واحداً فالكراء له لازم جاز إن كان له أن يسكن بقية الشهر أو يكريه إذا خرج وإلا لم يجز على حال انتهى.

تنبيهان: الأول: زاد ابن عرفة عن المدونة ما لم يشترط عليه إن خرجت فليس لك أن تكري البيت ثم قال: ونقلها اللخمي بزيادة لا خير فيها والكراء لازم والشرط باطل. وإن كان على أنه إن خرج رجع البيت لربه ولا يحط من الكراء شيئاً فهو فاسد وعليه قيمة ما سكن وفسخ متى أدرك وفيه نظر، لأن ظاهر قولها: «لا خير فيه»أنه فاسد وهو مقتضى أصل المذهب في الشرط المنافي لمقتضى العقد.

اكترى داراً بإفريقية وهو بمصر جاز ذلك كالشراء، ولا بأس بالنقد فيها لأنها مأمونة، فإن قدم فلم يرضها حين رآها، وقال: هي بعيدة من المسجد فالكراء لا يصلح إلا أن يكون قد رأى الدار وعرف موضعها أو على صفة وإلا لم يجز. (**أو نصفها**) من المدونة: لابأس بكراء نصف دار أو سدسها أو جزء شائع قل أو كثر منها كالشراء. وانظر على هذا الفران يكتري من رب الفرن نصف فرن شهراً بدينار بما يمنع رب الفرن أو يكري بذلك الدينار وقافاً يخدم عنه بالفرن ذلك الشهر وما يمنع المكتري أن يولي الفرن لهذا الوقاف (**أو نصف عبد**) من المدونة: تجوز إجارة نصف دابة أو نصف عبد يكون للمستأجر يوماً وللذي له النصف الآخر يوماً كالبيع، وما جاز لك بيعه من ثمرك جاز لك الإجارة به (**وشهراً على أن يسكن يوماً لزم إن ملك البقية**) من المدونة: من استأجر بيتاً شهراً بعشرة على أنه إن سكن منه يوماً واحداً فالكراء له لازم، جاز ذلك إذا كان له أن يسكن بقية الشهر أو يكريه إذا خرج وإلا لم يجز. ابن يونس: قال بعض فقهائنا القرويين: ظاهر هذا العقد أنه جائز وأنه بالخيار ما لم يسكن، فإذا سكن انعقد الكراء في شهر، فإن أراد إن سكنت فالكراء لي لازم فليس لي أن أكري من غيري كان هذا من بيع الشروط التي يبيع منه على أن لا يبيع ولا يهب، فهذا إذا أسقطوا الشرط على

وَعَدَمُ بَيَانِ الابْتِدَاءِ وَحُمِلَ مِنْ حِينِ الْعَقْدِ، وَمُشَاهَرَةً، وَلَمْ يَلْزَمْ لَهُمَا، إلاَّ بِنَقْدٍ فَقَدْرُهُ: كَوَجِيبَةٍ بِشَهْرِ كَذَا، أَوْ هَذَا الشَّهْرِ، أَوْ أَشْهُراً، أَوْ إِلَى كَذَا وَفِي سَنَةٍ بِكَذَا: تَأْوِيلاَنِ. وَأَرْضِ مَطَرٍ عَشْراً، إِنْ

الثاني: قال في المدونة: وللكري أن يأخذ كراء كل يوم يمضي إلا أن يكون بينهما شرط فيحملان عليه. ابن يونس: وإن لم يكن شرط وكانت سنة البلد النقد قضى به. انتهى ص:

أحد القولين تم الكراء، وأما إن شرط فإن خرجت عاد المسكن إلى المكري وعليه جملة الكراء فهذا فاسد لا بد من فسخه لأنه غرر **(وعدم بيان الابتداء وحمل من حين العقد)** من المدونة قال ابن القاسم: من اكترى داراً سنة أو سنتين ولم يسم متى يسكن جاز، ويسكن أو يسكن غيره متى شاء ما لم يأت من ذلك ضرر بين على الدار، يريد ضرراً في السكنى. قال مالك في المختصر الكبير: وإن أغلقها المكتري وخرج فذلك له ليس لصاحب الدار أن يقول: يخربها علي. قال ابن القاسم: والسنة محسوبة من يوم التعاقد كما لو قال هذه السنة بعينها **(أو مشاهرة ولم يلزم لهما إلا بنقد فبقدره)** من المدونة قال مالك: من قال لرجل أكتري منك دارك أو حانوتك أو أرضك أو غلامك أو دابتك في كل شهر أو في كل سنة بكذا أو كل سنة بكذا أو قال في الشهر أو في السنة أو الشهر أو السنة، فلا يقع الكراء على تعيين وليس بعقد لازم، ولرب الدار أن يخرجه متى شاء، وللمكتري أن يخرج متى شاء ويلزمه فيما سكن حصته من الكراء. ابن يونس: وكأنه في ذلك كله قال له: أكريك من حساب الشهر أو من حساب السنة بكذا. هذا هو موضوع هذه الألفاظ إلا أن ينقده في ذلك كراء شهر أو سنة فيلزمه تمام ذلك **(كوجيبة بشهر كذا وهذا الشهر أو شهراً أو إلى كذا)** عياض: كراء الدور مشاهرة ومساناة لا خلاف إذا نص على تعيين السنة أو الشهر أو جاء بما يقوم مقام التعيين أنه لازم لهما وذلك في خمس صور: إذا قال شهر كذا وهذا الشهر، أو سمى العدد فيما زاد على الواحد فقال شهرين أو ثلاثة، أو ذكر الأجل فقال أكريك إلى شهر كذا، أو أنقد كراء كذا شهراً أو أكثر إن هذا كله لازم لهما المدة التي ذكراها لا خيار لواحد منهما اهـ. فانظر قول عياض: «وسمى العدد فيما زاد على الواحد» فلعل لفظ خليل كان «أو أشهر» فأسقط الناسخ الألف. وانظر قولهم: «شهر كذا» قال المتيطي: لا يضاف شهر إلا إلى رمضان والربيعين قال: والشهور كلها تذكر إلا جمادي. والذي لابن يونس: وإن اكترى منه سنة بعينها أو شهراً بعينه فلا يكون لأحدهما فسخه إلا أن يتراضيا على ذلك جميعاً. قال ابن حبيب: وكذا لو قال: ستة أشهر أو هذه السنة أو إلى سنة كذا، فهذا كله وجيبة لازمة إلا أن يشترط الخروج لمن شاء فيلزمهما ذلك، ولا يجوز فيه حينئذ النقد، ويجوز في الأول النقد والتأخير، ولم يختلف في هذا مالك وأصحابه انتهى. انظر قوله: «إلا أن يشترط الخروج إن شاء» هل يؤخذ منه كراء الأحباس على قبول الزيادة وأظن سيدي ابن سراج رحمه الله تعالى كان يأخذه من هذا **(وفي سنة بكذا تأويلان)**. عياض: وإذا قال أكرى منك سنة بدرهم أو شهراً بدرهم فحمل أكثرهم ظاهر المدونة أنه مثل قوله هذه السنة تلزمهما السنة أو الشهر. ابن عرفة: في كون كراء الدار مشاهرة منحلاً مطلقاً فيما لم يسكن ولزومه في أول شهر فقط ثالثها لزوم الشهر بسكنى بعضه أولاً كان أو غيره. لابن

لَمْ يُنْقَدْ، وَإِنْ سَنَةً إِلاَّ الْمَأْمُونَةَ: كَالنِّيلِ، وَالْمَعِينَةِ، فَيَجُوزُ وَيَجِبُ فِي مَأْمُونَةِ النِّيلِ إِذَا رَوِيَتْ؛ وَقَدْرٍ مِنْ أَرْضِكَ، إِنْ عُيِّنَ، أَوْ تَسَاوَتْ،

(**كوجيبة) ش:** الوجيبة المدة المعينة. **ص: (وأرض مطر عشراً) ش:** مراده سواء كانت مأمونة أو غير مأمونة، وكذلك سائر الأرضين. وقوله: «عشراً» ذكر العشر لأنه في المدونة كذلك وإلا فهو يجوز كراؤها أكثر من عشر. قال في المقدمات: السنين الكثيرة والله أعلم. **ص: (إن لم ينقد) ش:** قال في المدونة: ولا بأس بكراء أرض المطر عشر سنين إن لم ينقد، فإن شرط النقد فسد. أبو الحسن: قوله: «إن لم ينقد» معناه إن لم يشترط النقد يدل عليه قوله: «فإن شرط». انتهى. وقد قال المؤلف في فصل الخيار: المواضع التي يمتنع النقد فيها مع الشرط وعدمه وعد هذا فيما يمتنع النقد فيه مع الشرط فقط إلا أن الشيخ بهراماً قال هنالك: ظاهره أن التطوع بالنقد جائز. ونص الفاكهاني في شرح الرسالة على خلافه انتهى. وفي المدونة ما يوافق ظاهر كلام المؤلف ونصها في أكرية الدور: وإن أكريت من رجل أرضه قابلاً وفيها زرع له أو لمكتري عامه جاز، فإن كانت مأمونة كأرض النيل جاز النقد فيها وإلا لم يجز بشرط انتهى. **ص: (إلا المأمونة كالنيل والمعينة فيجوز) ش:** أي الأرض المأمونة من أرض المطر فيجوز اشتراط النقد فيها كما يجوز ذلك في أرض النيل المأمونة الري وفي الأرض المعينة الماء المأمونة. هذا معنى كلامه، وقد صرح في التوضيح هنا بأنه يجوز اشتراط النقد في الأرض الغالب ريها على قول ابن القاسم خلافاً لابن الماجشون، وكلام البساطي فيه شيء فتأمله وللرجراجي كلام في

القاسم وابن الماجشون ورواية ابن أبي أويس **(وأرض مطر عشراً إن لم ينقد)** من المدونة قال ابن القاسم: ولا بأس بكراء أرض المكري عشر سنين إن لم ينقد، فإن شرط النقد فسد الكراء، وإن اكتراها سنين وقد أمكنت للحرث جاز نقد حصة عامه هذا **(وإن سنة)** من المدونة قال مالك: وإن اكترى أرض المطر سنة قرب الحرث أو حين توقع الغيث لم يجز النقد حتى تروى وتمكن من الحرث **(إلا المأمونة كالنيل والمعينة فيجوز)**. ابن رشد: عقد الكراء جائز في الأرضين كلها من غير تفصيل بين السنين الكثيرة، وسواء على مذهب ابن القاسم كانت مأمونة أو غير مأمونة. وتنقسم في جواز النقد فيها على قسمين، فما كان منها مأموناً كأرض النيل وأرض المطر المأمونة وأرض السقي بالأنهار والعيون الثابتة والآبار المعينة فالنقد فيها للأعوام الكثيرة جائز، وما كان منها غير مأمون فلا يجوز النقد فيها إلا بعد أن يروى ويمكن من الحرث كانت من أرض النيل أو من أرض المطر أو السقي بالعيون والآبار **(ويجب في مأمونة النيل إذا رويت)** ابن رشد: وتنقسم في وجوب النقد على قسمين: أرض النيل وأرض السقي والمطر. فأما أرض النيل فيجب النقد فيها إذا رويت لأنها لا تحتاج إلى السقي فيما يستقبل فبالري يكون المكتري قابضاً لما اكترى، وأما أرض السقي والمطر فلا يجب على المكتري فيها دفع الكراء حتى يتم الزرع ويستغنى عن الماء **(وقدر من أرضك إن عين أو تساوت)** من المدونة: من اكترى مائة ذراع من أرض معينة جاز إن تساوت وإلا لم يجز حتى

وَعَلَى أَنْ يَحْرُثَهَا ثَلاثاً، أَوْ يُزَبِّلَهَا، إِنْ عُرِفَ وَأَرْضٍ سِنِينَ لِذِي شَجَرٍ بِهَا سِنِين مُسْتَقْبَلَةً وَإِنْ لِغَيْرِكَ،

ذلك فانظره فيه والله أعلم. ص: **(وعلى أن يحرثها ثلاثاً أو يزبلها)** ش: ابن عرفة: وشرط منفعة في الأرض كشرط نقد بعض كرائها، فيها: من اكترى أرضاً على أن يكر بها ثلاث مرات ويزرعها في الكراب الرابع جاز، وكذا على أن يزبلها بشيء معروف. الصقلي وغيره: يريد إن كانت مأمونة لأن زيادة الكراب والتزبيل منفعة تبقى في الأرض إن لم يتم زرعه، فإن

يعين موضعها **(وعلى أن يحرثها ثلاثاً أو يزبلها إن عرف)**. ابن عرفة: شرط منفعة في الأرض كشرط نقد بعض كرائها. من المدونة: من اكترى أرضاً على أن يحركها ثلاث مرات ويزرعها في التحريك الرابع جاز ذلك، وكذلك على أن يزبلها إن كان الذي يزبلها به شيئاً معروفاً. ابن يونس: يريد إذا كانت مأمونة لأن زيادة الحراثات والتزبيل منفعة تبقى في الأرض وإن لم يتم زرعها فيصير كالنقد اشترطه في غير المأمونة **(وأرض سنين)** تقدم نص ابن رشد أن عقد الكراء في الأرضين للسنين الكثيرة جائز مأمونة كانت أو غير مأمونة **(لذي شجر بها سنين مستقبلة)** من المدونة قال مالك: وإن اكتريت أرضاً سنين مسماة فغرست فيها شجراً فانقضت المدة وفيها شجرك فلا بأس أن تكتريها من ربها سنين مستقبلة **(وإن لغيرك)**. اللخمي: ويجوز لرب الأرض أن يكريها من غير المكتري الأول ويقال للمكتري أرض المكتر الآخر أو اقلع شجرك. ومن ابن يونس قال ابن القاسم: ولو اكتريتها ثم أكريتها من غيرك فغرسها ثم انقضت مدة الكراء وفيها غرسه فلك أن تكتريها من ربها سنين مستقبلة، فإن أرضاك الغارس وإلا قلع غرسه. ابن يونس: وإنما جاز كراؤها عند ابن القاسم لأن لرب الأرض أن يجبر الغارس على قلع غرسه بعد تمام كرائه فكان المكتري إنما دخل على أن يقلع عنه الغارس غرسه لأنه ملك من الأرض ما كان ربها يملكه، ولا يستطيع الغارس مخالفته فقد دخل على أمر معروف **(لا زرع)**. اللخمي: إن انقضت المدة وفي الأرض زرع لم يكن للمكتري الأول ولا لغيره أن يكتري إلا ما بعد هذا الزرع بخلاف الغرس، وثالث الأقوال الزرع قول ابن القاسم يغرم فيه كراء المثل. قال ابن القاسم: ولو كان موضع الشجر زرعاً أخضر لم يكن لرب الأرض أن يكريها ما دام زرع هذا فيها، لأن الزرع إذا انقضت الإجارة لم يكن لرب الأرض قلعه وإنما له كراء أرضه وله أن يقلع الشجر فافترقا إلا أن يكريها منك إلى تمام الزرع فلا بأس بذلك. قال سحنون: وإن كانت الأرض مأمونة يريد في جواز النقد. قال ابن القاسم: فإذا انقضت السنون وللمكتري في الأرض زرع لم يبد صلاحه لم يجز لرب الأرض شراؤه، وإنما يجوز بيع زرع أخضر يشترط مع الأرض في صفقة، وكذلك الأصول بثمرها وإن لم يشترطه المبتاع كان ما أبر من الثمرة أو ما ظهر من الأرض من الزرع للبائع، وإذا لم تؤبر الثمرة ولم يظهر الزرع من الأرض فذلك للمبتاع. ابن يونس: قال بعض القرويين: الأشبه أن يجوز لرب الأرض شراء ما فيها من زرع لأن الأرض ملك له فصار مقبوضاً بالعقد، وما يحدث فيه من نماء إنما هو في ضمان مشتريه لكونه في أرضه وإنما منع عليه الصلاة والسلام من بيع الثمار قبل بدو صلاحها لكون ضمانها من البائع لأنهما من أصوله لقوله ﷺ: «أرأيت إن منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال

لاَ زَرْعٍ، وَشَرْط كَنْسِ مِرْحَاضٍ، أَوْ مَرَمَّةٍ، أَوْ تَطْيِينٍ مِنْ كِرَاءٍ وَجبَ، لاَ إِنْ لَمْ يَجِب، أَوْ مِنْ عِنْدِ الْمُكْتِرِي، أَوْ حَمِيمِ أَهْلِ ذِي الحَمّامِ، أَوْ نُورَتِهِمْ مُطْلَقاً، أَوْ لَمْ يُعَيِّنْ بِنَاءٌ وَغرْسٌ، وَبَعْضُهُ أَضَرُّ وَلاَ

نزل في غير المأمونة ولم يتم زرعه نظركم يزيد كراؤها لزيادة ما اشترط على معتاد حرثها وهو عندنا حرثه على كرائها دون ما اشترطت زيادته على المعتاد فيرجع بالزائد لأنه كنقد اشترطه

أخيه». وعلى هذا التعليل أجاز عبد الملك شراء جنان فيه ثمرة بقمح أو بجنان فيه ثمرة تخالفها لأن كل ثمرة مقبوضة فكانا متناجزين **(وشرط كنس مرحاض)** من المدونة قال ابن القاسم: من اكترى داراً أو حماماً واشترط كنس المراحيض والتراب وغسالة الحمام على المكتري جاز لأنه معروف. ابن يونس: قيل: معنى ذلك في كنس ما يكون بعد عقد الكراء، وأما ما كان يوم العقد في المراحيض فهو على المكتري شرط ذلك عليه أم لا كما لو كان في أحد البيوت المكتراة شيء فإن عليه إزالته وتفريغ البيت للمكتري لذلك المرحاض قال ابن القاسم: ومن اكترى داراً فعلى ربها مرمتها وكنس مراحيضها وإصلاح ما وهي من الجدارات والبيوت. ابن يونس: لعله يريد في المرمة والإصلاح الخفيف أو يريد أنه عليه ولا يجبر عليه لأنه قال بعد هذا: إذا تعطل البيت لم يجبر رب الدار على الطرو وللمكتري الخروج في الضرر البين إلا أن يطرها ربها فكذلك هذا. وقوله ها هنا: «وعلى ربها كنس المرحاض» لعله يريد ما كان فيه قديماً لأن ظاهر كلامه في المسألة الأولى أن الكنس على المكتري إلا أن يشترطه على رب الدار، وهذا كله ما لم يكن عرف أو شرط فيحملان عليه **(ومرمته وتطيين من كراء)** من المدونة: من اكترى داراً أو حماماً على أن ما احتاجا إليه من مرمة رمها المكتري، فإن شرط على أن ذلك من الكراء جاز، ولو شرط أن ما عجز عن الكراء أنفقه الساكن من عنده لم يجز **(وجب)** لا إن لم يجب **(أو من عند المكتري)** من المدونة: من اكترى داراً على أن ما احتاجت إليه من يسير مرمة رمها المكتري لم يجز إلا أن يكون ذلك من كرائها **(أو حميم أهل ذي الحمام أو نورتهم مطلقاً)** من المدونة قال ابن القاسم: من اكترى حماماً على أن عليه لربه ما احتاج أهله من نورة أو حميم لم يجز حتى يشترط شيئاً معروفاً. قال ابن حبيب: ذلك جائز إذا عرف ناحية عيال الرجل من قلة وكثرة وعلم عدتهم، وقد أجازه مالك وأجاز استئجار الخياط على خياطة ما يحتاج إليه هو وأهله من الثياب في السنة، أو الفران على خبز ما يحتاج له من الخبز سنة أو شهراً إذا عرف عيال الرجل وما يحتاجون إليه من ذلك. ابن يونس: وهذا معروف لأن الأكل لا بد منه ومقدار أكل الناس معروف والخياطة قريب منه، وأما دخول الحمام فيمكن أن يدخل كل يوم أو في الشهر مرة، والنورة يمكن أن تعمل في الشهر مرة أو في الشهر مرتين، فلا يجوز ذلك إلا على أمر معروف كما قاله ابن القاسم وهو الصواب إن شاء الله تعالى. **(أو لم يعين في الأرض بناء أو غرساً وبعضه أضر ولا عرف)** ابن الحاجب: لو لم يعين في الأرض بناء ولا غرساً ولا زراعة ولا غيره وبعضه أضر فله ما يشبه، فإن أشبه الجميع فسد ولو سمى صنفاً يزرعه جاز مثله ودونه. من المدونة قال ابن القاسم: من استأجر أرضاً عشر سنين فزرعها فأراد أن يغرس فيها شجراً فذلك له إذا لم يضر الأرض. اللخمي: وكذلك إن استأجرها ليزرعها

عُرْفٌ، وَكِرَاءُ وَكِيلٍ: بِمُحَابَاةٍ، أَوْ عَرَضٍ، أَوْ أَرْضٍ مُدَّةً لِغَرْسٍ فَإِذَا ٱنْقَضَتْ: فَهُوَ لِرَبِّ الأَرْضِ، أَوْ نِصْفُهُ، وَالسنَةُ فِي المَطَرِ بِالحَصَادِ وَفِي السَّقِيِ بِالشُّهُورِ، فَإِنْ تَمَّتْ وَلَهُ زَرْعٌ أَخْضَرُ فَبِكِرَاءِ مِثْلِ الزَّائِدِ، وَإِذَا انْتَثَرَ لِلْمُكْتَرِي حَبٌّ فَنَبَتَ قَابِلاً فَهُوَ لِرَبِّ الأَرْضِ كَمَنْ جَرَّهُ السَّيْلُ

فيها، ولو تم زرعه كان عليه كراء مثلها بشرط تلك الزيادة لأنه كراء فاسد. قاله التونسي انتهى. وقوله: «انظركم يزيد كراؤها الخ» يريد في السنة الثانية صرح به أبو الحسن الصغير وغيره. أبو الحسن: أجاز هنا بيع الزبل فهو يناقض ما في البيوع الفاسدة إن كان لمالك، وإن كان لابن القاسم فهو موافق انتهى. ص: **(وفي السقي بالشهور إلى آخره)** ش: قال في

شعيراً وأحب أن يزرعها حنطة لم يمنع إذا لم يضر **(وكراء وكيل بمحاباة أو بعرض)** من المدونة قال ابن القاسم: من وكل رجلاً يكري داره فأكراها بغير العين أو حابى في الكراء فهو كالبيع لا يجوز. ابن يونس: وله فسخ الكراء أو إجازته إن لم يفت، فإن فات رجع على الوكيل بالمحاباة قال: ولو أعارها أو وهبها أو تصدق بها أو أسكنها أو حابى في كرائها رجع بها على الوكيل بالكراء في ماله، ثم لا رجوع على الوكيل للساكن، وإن كان الوكيل عديماً رجع ربها على الساكن بالكراء ثم لا رجوع للساكن على الوكيل **(أو أرض مدة لغرس فإذا انقضت فهو لرب الأرض وله نصفه)** من المدونة قال مالك: من أكرى أرضاً عشر سنين على أن يغرسها المكتري شجراً سماها على أن الثمرة للغارس فإذا انقضت المدة فالشجر لرب الأرض لم يجز لأنه أكراها بشجر لا يدري أيسلم الشجر إليه أم لا. اللخمي: وكذلك إن قال: أكريك عشر سنين على أن نصف الشجر لي ونصفه لك بعد العشر سنين، فإن قال: على أن لك نصفها من الآن جاز عند ابن القاسم. وقال غيره: لا يجوز وهو فسخ دين في دين اهـ. انظر قوله: «وقال غيره» وهذه المسألة من كتاب المغارسة ولم يعقد لها خليل فصلاً، وعقد المتيطي عليها كتاباً فقال كتاب المغارسة. ثم قال: فإن كانت الغروس من عند رب الأرض فلا إشكال في جوازه، سمى له عدد ما يغرس في الأرض أو لم يسم، لأن ذلك معروف عند الناس. أما إن كانت الغروس من عند الغارس فيدخل في ذلك كما دخل مسألة الذي استأجر الأجير على أن يبني له داراً على أن الآجر والجص من عند البناء. راجعه فيه **(والسنة في المطر بالحصاد)** ومن المدونة قال ابن القاسم: من اكترى أرضاً فحصد زرعه قبل تمام السنة، فأما أرض المطر فمجمل السنة فيها الحصاد ويقضى بذلك فيها **(وفي السقي بالشهور)** قال ابن القاسم: وأما ذات السقي التي تكرى على أمد الشهور والسنين فللمكتري العمل إلى تمام سنة، فإن تمت وله فيها زرع أخضر أو بقل فليس لرب الأرض قلعه وعليه تركه إلى تمامه وله فيما بقي كراء مثلها على حساب ما اكتراها منه. وطرح سحنون على حسب ما أكرى وأبقى كراء المثل. ونقلها أبو محمد في مختصره وله فيما بقي كراء مثله لا على ما أكراه. ابن يونس: وكلام ابن القاسم جيد. انظر توجيهه في ترجمة من اكترى أرضاً ليزرعها **(وفي السقي فبالشهور فإن تمت وله زرع أخضر فكراء مثل الزائد وإن انتثر للمكتري حب فنبت قابلاً فهو لرب الأرض كمن جره السيل إليه)** من المدونة قال مالك: وإذا انتثر للمكتري حب في الأرض في حصاده في

إِلَيهِ وَلَزِمَ الكِرَاءُ بالتَّمكُّن، وَإِنْ فَسَدَ لِجَائِحَةٍ أَوْ غَرَقٍ بَعْدَ وَقْتِ الحَرْثِ أَوْ عَدَمِهِ بَذْراً، أَوْ سِجْنِهِ؛

الشامل: وفي السقي بتمامها، فإن تمت والزرع باقٍ وكان ربه يظن تمامه فزاد الشهر ونحوه لزم رب الأرض تركه لتمامه بكراء المثل فيما زاد. وقيل: نسب المسمى ولو بعد الأمد وعلم ربه ذلك فلربها قلعه أو تركه بالأكثر من المسمى وكراء المثل، وليس له شراؤه على الأصح انتهى. ص: **(أو عدمه بذراً أو سجنه)** ش: قال في المدونة: ومن اكترى أرضاً فلم يجد بذراً أو سجنه سلطان باقي المدة فالكراء يلزمه ولا يعذر بهذا، ولكن ليكريها إن لم يقدر هو على أن يزرعها. أبو الحسن الصغير: قال اللخمي: محمل قوله في البذر على أن المكتري وحده عجز عنه لأنه قادر على أن يكريها، ولو كانت شدة فلم يجد أهل الموضع نذر أسقط عنه الكراء. وكذلك إذا قصد السلطان أن يحبسه ليحول بينه وبين زراعتها وكرائها فلا شيء عليه وإن لم يقصد ذلك وإنما طلبه السلطان بأمر فكان ذلك السبب في امتناع حرثها كان عليه كراؤها انتهى. ص:

الأرض فنبت قابلاً فهو لرب الأرض، وكذلك من زرع زرعاً فحمل السيل زرعه قبل أن ينبت إلى أرض غيره فنبت فيها قال مالك: والزرع لمن جره السيل إلى أرضه ولا شيء للزارع اهـ. وانظر الأشجار هي بخلاف هذا قال سحنون: لو قلع السيل من أرض شجرات فصيرها إلى أرض رجل فنبتت فيها فلينظر، فإن كان إن قلعت وردت إلى أرضه نبتت فله قلعها، وإن كان إنما يقلعها للحطب لا ليغرسها في أرضه فهذا مضار وله القيمة، وإن كانت الشجر لو قلعت لم تنبت في أرض ربها وإنما تصير حطباً فهذا الذي جرت في أرضه مخير بين أن يأذن لربها في قلعها أو يعطيه قيمتها مقلوعة. ولو نقل السيل تراب أرض إلى أخرى فإن أراد ربه نقله إلى أرضه وكان معروفاً فله ذلك، وإن أبى ينقله فطلبه من صار في أرضه بتنحيته عنه لم يلزمه لأنه لم يجز شيئاً **(ولزم الكراء بالتمكن)** ابن شاس: لا يستحق تقديم جزء من الإجارة إلا بالتمكن من استيفاء ما يقابله من المنعفة اهـ. وانظر هذا مع ما تقدم لابن يونس أنه لا يلزمه إلا أن ينقد إلا بقدر ما ركب أو سكن. وقال ابن الحاجب: لو حبس الدابة أو الثوب المدة المعينة تثبت الأجرة إذ التمكن كالاستيفاء فإن زاد على المدة راجعه فيه **(وإن فسدت بجائحة)** من المدونة: لو هلك الزرع ببرد أو جليد أو جائحة فالكراء عليه **(أو غرق بعد وقت الحرث)** من المدونة: إن أتى مطر فغرق زرعه في إبان لو انكشف الماء عن الأرض أدرك زرعها ثانية فلم ينكشف حتى فات الإبان فذلك كغرقها في الإبان قبل أن تزرع حتى فات الحرث فلا كراء عليه، ولو انكشف الماء في إبان يدرك فيه الحرث لزمه الكراء وإن لم يحدث. ومن المدونة أيضاً. إن أتى مطر بعد الزرع وفات إبان الزراعة فغرق زرعه حتى هلك بذلك فهي جائحة على الزارع وعليه جميع الكراء بخلاف هلاكه من القحط **(أو عدمه بذراً أو سجنه)** من المدونة قال ابن القاسم: ولا ينقض الكراء بموت المتكاريين أو أحدهما، وكذلك من اكترى داراً أو أرضاً فلم يجد بذراً أو سجنه السلطان باقي المدة فالكراء يلزمه ولا يعذر بهذا ولكن يكريها هو إن لم يقدر أن يزرعها أو يسكن الدار. **(أو انهدمت شرفات البيت)** من المدونة قال ابن القاسم: إذا لم

أَوْ آنْهَدَمَتْ شُرُفَاتُ الْبَيْتِ، أَوْ سَكَنَ أَجْنَبِيٌّ بَعْضَهُ، لاَ إِنْ نَقَصَ مِنْ قِيمَةِ الكِرَاءِ، وَإِنْ قَلَّ، أَوِ آنْهَدَمَ بَيْتٌ فِيهَا، أَوْ سَكَنَهُ مُكْرِيهِ، أَوْ لَمْ يَأْتِ بِسُلَّمٍ لِلأَعْلَى. أَوْ عَطِشَ بَعْضُ الأَرْضِ، أَوْ غَرِقَ،

(أو انهدمت شرفات البيت) ش: يريد ولم ينقص ذلك من قيمة كرائها، قاله في المدونة ص: **(لا إن نقص من قيمة الكراء وإن قل)** ش: يريد إذا قام بذلك، فإن سكت وسكن ولم يقم به فلا شيء له. قاله في المدونة ونقله في التوضيح وابن عرفة وغيرهما. والظاهر من كلامهم أن حكم انهدام البيت منها كذلك لا شيء له إن سكت، وإنما يخالف حكم بيت غيره في أنه يجوز له السكنى ولا يلزمه الخروج. وتحصيل مذهب المدونة في ذلك أنه إذا انهدم شيء من الدار، قليلاً كان أو كثيراً، لم يجبر ربها على إصلاحه مطلقاً كما قال في التوضيح ثم ينظر فيه، فإن كان فيه مضرة على الساكن فله الخيار بين أن يسكن بجميع الكراء أو يخرج، فإن خرج ثم عمرها ربه لم يلزمه الرجوع إليها، وإن عمرها وهو فيها لزمه بقية الكراء، وإن سكن الدار مهدومة لزمه جميع الكراء، وإن كان لا ضرر على المكتري في السكنى فالكراء له لازم وينظر إلى المتهدم، فإن نقص من قيمة الكراء حط ذلك النقص إذا قام به المكتري ولم يصلحه رب الدار، فإن سكت وسكن فلا شيء له، وإن لم ينقص من قيمة الكراء شيئاً فلا كراء له والله أعلم. ص: **(أو عطش بعض الأرض أو غرق فبحصته)** ش: قال في معين الحكام تنبيه: وصفة الحكم في ذلك أن يشهد أهل المعرفة بما عهد من حال هذه الأرض في الأعوام

يكن فيما انهدم ضرر على المكتري ولم يبينه رب الدار، لزم المكتري السكنى بجميع الكراء ولا يوضع عنه من الكراء شيء لذلك، وانهدام الشرفات لا يضر بسكنى المكتري. وإن اتفق فيها كان متطوعاً ولا شيء له يريد إلا أخذ النقض فله أخذه إن كان ينتفع به **(أو سكن أجنبي بعضه)** الذي في المدونة: إن اكتريت من رجل داراً هو فيها فبقي في طائفة منها لم يخرج وسكنت أنت طائفة لم يجب عليك إلا حصة ما سكنت، وكذلك لو سكن أجنبي طائفة من ذلك وقد علمت به فلم تخرجه لزمه كراء ما سكن **(لا إن نقص من قيمة الكراء وإن قل أو انهدم بيت منها أو سكنه مكريه أو لم يأت بسلم الأعلى أو عطش بعض الأرض أو غرق فبحصته)** أما مسألة الرجوع بالحصة إذا نقص من قيمة الكراء وإن قل أو انهدم بيت منها فقال ابن رشد: الهدم في الدار المكتراة إن كان يسيراً فهو على ثلاثة: الأول: ما لا مضرة فيه على الساكن ولا ينقص من قيمة كراء الدار شيئاً كالشرفات ونحوها، فلا خلاف أن الكراء للمكتري لازم ولا يحط عنه منه شيء. الثاني: أن يكون لا مضرة فيه على الساكن إلا أنه ينقص من قيمة كراء الدار، فهذا يلزمه السكنى ويحط عنه ما حط ذلك من قيمة الكراء إن لم يصلحه رب الدار ولا يلزمه إصلاحه، فإن سكت وسكن لم يكن له شيء. الثالث: أن تكون فيه مضرة على الساكن من غير أن يبطل من منافع الدار شيئاً كالهطل وشبهه فقال ابن القاسم: إن رب الدار لا يلزمه الإصلاح إلا أن يشاء، فإن أبى كان المكتري بالخيار بين أن يسكن بجميع الكراء أو يخرج، فإن سكت وسكن لزمه جميع الكراء.

فَبِحِصَّتِهِ، وَخُيِّرَ فِي مُضِرٍّ، كَهَطْلٍ، فَإِنْ بَقِيَ. فَالْكِرَاءُ؛ كَعَطَشِ أَرْضِ صُلْحٍ وَهَلْ مُطْلَقاً؟ أَوْ إِلاَّ أَنْ يُصَالِحُوا عَلَى الأَرْضِ؟ تَأْوِيلاَنِ

المتوسطة. فإن قيل للقفيز خمسة أو ثمانية نظر ما رفع الآن منها وأعطى من الكراء بحساب ذلك انتهى. ص: (وخير في مضر) ش: انظر اللخمي والرجراجي والجزولي في شرح الرسالة والله أعلم. ص: (أو عطش) ش: قال ابن عرفة: اللخمي: وإن غرقت الأرض بعد الإبان ثم ذهب عن قرب بعد ما أفسد الزرع ثم لم تمطر بقية السنة وعلم أنه لو لم تفسد لم يتم الزرع سقط كراؤها. واختلف إن أذهبه السيل فروى محمد: عليه الكراء وقال: يريد إن أذهبه بعد

وأما إن كان الهدم كثيراً فلا يلزم رب الدار الإصلاح بإجماع وهو أيضاً على ثلاثة أوجه: الأول أن يعيب السكنى وينقص من قيمة الكراء ولا يبطل شيئاً من المنافع مثل أن تكون الدار مبلطة مجصصة فيذهب تبليطها وتجصيصها، فهذا يكون المكتري بالخيار بين أن يسكن بجميع الكراء أو يخرج إلا أن يصلح ذلك رب الدار، فإن سكت وسكن لزمه جميع الكراء على مذهب ابن القاسم في المدونة. الثاني أن يبطل اليسير من منافع الدار كالبيت ينهدم منها وهي ذات بيوت فهذا يلزمه السكنى يحط ما ناب البيت المنهدم من الكراء. الثالث أن يبطل أكثر منافع الدار أو منفعة البيت الذي هو وجهها أو يكشفها بانهدام حائطها وما أشبه ذلك، فهذا يكون المكتري فيه مخيراً بين أن يسكن بجميع الكراء أو يخرج، فإن أراد أن يسكن على أن يحط عنه ما ينوب ما انهدم من الكراء لم يكن ذلك منه إلا أن يرضى بذلك رب الدار فيجري جوازه على جواز جمع الرجلين سلعتيهما في البيع انتهى. وأما مسألة الرجوع بالحصة إذا سكنه مكريه فقال ابن القاسم: إذا سكن صاحب طائفة منها فقال المكتري: إنما أعطيك حصة أن ذلك له. وأما مسألة الرجوع بالحصة إذا لم يأت بسلم للأعلى سكنه مكريه. وقال ابن القاسم: إذا سكن صاحب الدار طائفة منها فقال المكتري إنما أعطيك حصة أن ذلك له. وأما مسألة الرجوع بالحصة لعطش بعض الأرض أو غرق ففي المدونة: من استأجر أرضاً ليزرعها فغرق بعضها قبل الزراعة أو عطش، فإن كان اكتراها رد جميعها، وإن كان تافهاً حط عنه بقدر حصته من الكراء.

(**وخير في مضر كهطل فإن بقي فالكراء**) تقدم قول ابن رشد في الوجه الثالث كالهطل أن المشتري بالخيار، فإن سكن لزمه جميع الكراء (**كعطش أرض صلح وهل مطلقاً أو إلا أن يصالحوا على الأرض تأويلان**) من المدونة: من زرع في أرض الخراج بكراء مثل أرض مصر فغرقت أو عطشت قبل الحرث فلا كراء عليه، وكذلك إذا لم يتم زرعها من العطش. وأما أرض الصلح التي صالحوا عليها إذا زرعوا فعطش زرعهم فعليهم خراج أرضهم. قال غيره: هذا إن كان الصلح وظيفة عليهم، وأما إن صالحوا على أن الأرض خراجاً معروفاً فلا شيء عليهم. ابن يونس: وأما أرض مصر إذا عطشت وضع الكراء عن المكتري لأنها أرض عنوة أكراها السلطان للمسلمين، وأما أرض الصلح فإن كان إنما صالحهم على أن على أرضهم خراجاً فالأمر كما لو قال الغير ولا يمكن أن يخالفه ابن القاسم في هذا، وإن كان إنما صالحهم كان على المصالحين خراجاً لملكهم الأرض كما يوصف بقدر إكسابهم

عَكْسُ تَلَفِ الزَّرْعِ لِكَثْرَةِ دُودِهَا، أَوْ فَأْرِهَا، أَوْ عَطَشٍ، أَوْ بَقِيَ القَلِيلُ، وَلَمْ يُجْبَرْ آجِرٌ عَلَى إِصْلاَحٍ مُطْلَقاً، بِخِلاَفِ سَاكِنٍ أَصْلَحَ لَهُ بَقِيَّةَ المُدَّةِ قَبْلَ خُرُوجِهِ، وَإِنِ اكْتَرَيَا حَانُوتاً، فَأَرَادَ كُلٌّ مُقَدَّمَهُ قُسِمَ، إِنْ أَمْكَنَ، وَإِلاَّ أُكْرِيَ عَلَيْهِمَا، وَإِنْ غَارَتْ عَيْنُ مُكْرًى سِنِينَ بَعْدَ زَرْعِهِ. نَفَقَتْ حِصَّةُ سَنَةٍ

الإبان وأرى إن أذهب السيل وجه الأرض قبل الإبان أو بعده أن لا كراء عليه لأن منفعة الأرض في وجهها وهو المكتري وهو المقصود. قلت: قوله: «اختلف» يدل على قولين ولا ثاني لما ذكر إلا اختياره. انتهى. ص: **(وإن غارت عين مكرى سنين بعد زرعه أنفقت حصة سنة فقط)** ش: ابن عرفة: وفيها لمن اكترى أرضاً ثلاث سنين فزرعها ثم غارت عينها أو انهدمت بئرها وأبى ربها إصلاحها أن ينفق عليها حصة تلك السنة فقط من الكراء وما زاد عليه فهو به متطوع. الصقلي عن محمد: إن كان قبضها ربها غرمه فإن كان عديماً فللمكتري إنفاق قدره ويتبعه به، وإن كان ذلك في السنة الثانية فله إنفاق حصتها ولا ينفق عليها شيئاً من حصة

وأملاكهم صح ما قاله ابن القاسم. قاله بعض القرويين **(عكس تلف الزرع لكثرة دودها أو فأرها أو عطش)** اللخمي: هلاك الزرع إن كان لقحط المطر أو تعذر ماء البئر أو العين أو لكثرة نبوع الماء الأرض أو الدود أو فأر سقط كراء الأرض، كان هلاكه في الإبان أو بعده. وإن هلك لطير أو جراد أو جليد أو برد أو جيش أو لأن الزريعة لم تنبت لزم الكراء هلك في الإبان أو بعده. المتيطي: ومثل قحط المطر توالي الأمطار، وكذلك إذا منعه من الازدراع فتنة. انظر هذا مع ما تقدم عند قوله: «أو غرق» انظر إن أذهب السيل وجه الأرض. الرواية: لزوم الكراء. وقال اللخمي: لا كراء وعدّ قوله قولاً **(أو بقي القليل)** من المدونة: إن جاءه من الماء ما كفى بعضه وهلك بعضه فإن حصل ما له بال وله فيه نفع فعليه من الكراء بقدره، ولا شيء عليه إن حصد ما لا بال له ولا نفع له فيه. قال في كتاب محمد: مثل الخمسة فدادين أو الستة من المائة **(ولم يجبر آجر على إصلاح مطلقاً بخلاف ساكن أصلح له بقية المدة قبل خروجه)** من المدونة قال ابن القاسم: من اكترى بيتاً فهطل عليه لم يجبر رب الدار على الطرو ولا للمكتري أن يطر من كرائها ويسكن، وله الخروج في الضرر البين من ذلك إلا أن يطرها ربها فلا خروج له. قال ابن القاسم: ومن اكترى داراً فانهدمت كلها أو بيت منها أو حائط لم يجبر ربها على البنيان إلا أن يشاء، فإن انهدم منها ما فيه ضرر على المكتري قيل له: إن شئت فاسكن بجميع الكراء إن لم يكن نقد، أو فاخرج وناقضه الكراء. وليس للمكتري أن يصلح من كرائه ويسكن إلا أن يأذن له بذلك ربها، فإن بناها ربها في بقية من وقت الكراء لزم المكتري أن يسكن ولم يكن له أن ينقض الكراء هذا إن بناها ربها قبل خروج المكتري **(وإن اكتريا حانوتاً فأراد كل مقدمه قسم إن أمكن وإلا أكري عليهما)** وضع اللخمي في هذه المسألة باباً. وقال ابن القاسم في قصار واحد إذا اكتريا حانوتاً ثم تنازعا فقال كل واحد منهما أنا أكون في المقدم ولم يكن بينهما شرط: فإن حمل القسم وإلا أكري عليهما. قال: وإن اختلفا في الجانبين لأن أحدهما أفضل لعدلا في القيمة واقترعا عليها. انظر أنت مختاره في هذا الباب، وانظر هذا مع ما تقدم في جمع السلعتين في البيع من أن الشراء كذلك **(وإن غارت عين مكتر سنين بعد زرعه أنفقت حصة سنة فقط)** من المدونة قال

فَقَطْ، وَإِنْ تَزَوَّجَ ذَاتَ بَيْتٍ وَإِنْ بِكِرَاءٍ. فَلاَ كِرَاءَ، إِلاَّ أَنْ تُبَيِّنَ، وَالقَوْلُ للأَجِيرِ. أَنَّهُ وَصَّلَ كِتَاباً،

الأولى، فإن كان ذلك قبل أن يزرعها فقال أشهب: لا شيء على ربها وللمكتري أن يفسخ، فإن أنفق من عنده فلرب الأرض كراؤه كاملاً ولا شيء للمكتري فيما أنفق إلا في نقض قائم من حجر ونحوه يعطيه قيمته منقوضاً أو يأمره بقلعه. قلت: يجري الحكم بأن له ذلك ولو كره رب الأرض أو يأمره على ما تقدم في ذهاب الرحى بسيل أو قيمة النقض على ما تقدم في بناء المكتري بإذن رب الدار أو بغير إذنه انتهى. ص: **(وإن تزوج ذات بيت ولو بكراء فلا كراء إلا أن يتبين)** ش: قال في كتاب كراء الدور والأرضين من المدونة: ومن نكح امرأة وهي في بيت اكترته سنة فدخل بها فيه وسكنا باقي المدة فلا كراء لها عليه ولا لربها، وهي كدار تملكها هي إلا أن تبين له أني بالكراء فإما أديت أو خرجت. قال الشيخ أبو الحسن: قال اللخمي: يريد لأن العادة أن ذلك على وجه المكارمة، وإن كان يسكن بها في مسكن لأبيها أو أمها كان كمسكنها لا شيء لهما عن مدة ما كانت في العصمة، وأما الأخ والعم فالأمر فيهما مشكل فيحلف ويستحق إلا أن تطول المدونة والسنون وهو لا يتكلم، ومثله إذا سكن عند أبويه ثم طلبا الكراء فلا شيء لهما وذلك لأخيه وعمه إن لم يقم دليل لهما على المكارمة. انتهى والله أعلم. ص: **(والقول للأجير أنه وصل كتاباً)** ش: قال في كراء الدواب من

مالك: من اكترى أرضاً ثلاث سنين فزرعها سنة أو سنتين ثم تهور بئرها أو انقطعت عينها فأراد أن يحاسب صاحبها، فلا يقسم الكراء على السنين سواء، ولكن يقسم على قدر نفاقها وتشاح الناس فيها، وليس كراء الأرض في الصيف والشتاء واحداً، وما لا ينقد فيه كالذي يستأخر نقده، وكذلك يحسب كراء الدور في الهدم ولا يحسب على عدد الشهور والأعوام، وقد تكترى سنة لا شهر فيها كدور بمصر وبمكة تكثر عمارتها في الموسم، وقد تقدم أن من اكترى أرضاً ثلاث سنين فزرعها ثم غارت عينها أو انهدم بئرها وأبى رب الأرض أن ينفق عليها أن للمكتري أن ينفق عليها حصة تلك السنة خاصة من الكراء ويلزم ذلك ربها، وإن زاد على كراء سنة فهو متطوع. ابن يونس: وإنما كان ذلك لأن المكتري متى ترك ذلك فسد زرعه ولم يكن لرب الأرض كلام، إذ لو بطل زرع هذا لم يكن له كراء فلا يمتنع من أمر ينتفع به غيره ولا ضرر عليه هو فيه **(وإن تزوج ذات بيت وإن بكراء فلا كراء، إلا أن تبين)** من المدونة قال ابن القاسم: ومن نكح امرأة وهي في بيت اكترته سنة فدخل بها فيه وسكن باقي السنة فلا كراء عليه لها ولا لرب البيت، وهي كدار تملكها هي إلا إن تبين له أني بالكراء فإما أديت أو خرجت. قال بعض القرويين: ينبغي لو كانت الدار لها فطلقها الزوج فقامت عليه بكراء العدة أن ذلك لها. اللخمي: قال ابن القاسم فيمن بنى بزوجته في دارها ثم طلبته بالكراء على سكناها لا شيء لها، يريد لأن العادة أن ذلك على وجه المكارمة، واختلف إذا كانت فيه بكراء. ثم قال: وكل هذا مما كانت العصمة باقية، فإن طلقها زال موضع المكارمة وكان لها طلبه بكراء العدة ثم قال: وسكناه بها في مسكن أبيها أو أمها كسكناه بمسكنها. وأما الأخ والعم انظره في التبصرة، وانظر الاضطراب في نوازل ابن رشد ونوازل ابن الحاج إذا كانت محجورة **(والقول للأجير أنه وصل كتاباً)**

أَوْ أَنَّهُ آسْتُصْنِعَ، وَقَالَ: وَدِيعَةٌ، أَوْ خُولِفَ فِي الصِّفَةِ وَفِي الأُجْرَةِ، إِنْ أَشْبَهَ وَجَازاً،

المدونة: وإن أجرت رجلاً على تبليغ كتاب من مصر إلى إفريقية بكذا فقال بعد ذلك: أوصلته وأكذبته، فالقول قوله في أمد يبلغ في مثله لأنك ائتمنته عليه وعليك دفع كرائه، وكذلك الحمولة كلها. وقال غيره: على المكري البينة أنه أوفاه حقه وبلغه غايته. انتهى. وقوله في المدونة: «في أمد يبلغ في مثله» يستفاد من قول المؤلف بعد أن أشبه فإنه عائد إلى الفروع الأربعة والله أعلم. قال الشيخ أبو الحسن الصغير: جعل القول قوله وإن كانت ذمته عامرة بما دفع فصدقه في أدائها. ابن يونس: كوكيل البيع يقول: بعت ويقول الموكل: لم تبع، فالقول قول الوكيل. قال أبو إسحاق: ولعل ابن القاسم إنما أراد أن مثل هذا لا يحتاج إلى إثبات لأنه عرف عندهم أو لتعذر ذلك فصار كالمشترط أن يصدق في قوله أوصلته وإلا فهو إدخال في ذمة الذي أرسل إليه. وانظر مثل هذا ما قال في كراء الدور في مسألة الدم وفي كتاب الوكالات في مسألة اللؤلؤ، وانظر خلافها مسألة الصبرة في البيوع الفاسدة ومسألة الغرائر في السلم الثاني، وانظر ما هو أعم من هذا الرسول يقول: دفعت البضاعة من كتاب الشهادات، وفي تضمين الصناع، وفي كتاب الوكالات وفي غير ما موضع من الكتاب، وانظر وكيل البيع في المساقاة وفي الأيمان بالطلاق، وانظرها في النكاح في المرأة توكل من يزوجها، وانظر لو مات الرسول في الطريق فإنه يكون له من الإجارة بحسب ما سار قال في العتبية فيمن استأجر رجلاً على تبليغ غلام إلى موضع فيأبق في بعض الطريق: إنه له بحساب ما سار إلا أن يكون ذلك بمعنى الجعل. قال بعض الشيوخ: وكذلك مسألة الكتاب. الشيخ: وقول الغير بين لا إشكال فيه لأنه جارٍ على الأصل. انتهى ص: (**وفي الأجرة إن أشبه وجاز**) ش: تصوره من كلام الشارح وابن غازي واضح. فإن اختلف الصانع والمصنوع له فطلب أحدهما نقد يوم التعاقد والآخر يوم الفراغ فقال في النوادر في كتاب تضمين الصناع: إنه يقضى بنقد يوم

من المدونة وقال ابن القاسم: وإن آجرت رجلاً على تبليغ كتاب من مصر إلى إفريقية بكذا فقال بعد ذلك أوصلته وأكذبته أنت، فالقول قوله مع يمينه في أمد يبلغ في مثله لأنك ائتمنته عليه وعليك دفع كرائه إليه. وكذلك الحمولة كلها يكتريه على توصيله إلى بلد كذا فيدعي بعد ذلك أنه أوصلها، فالقول قوله في أمد يبلغ في مثله (**وأنه استصنع وقال ربه وديعة**) من المدونة قال ابن القاسم: من ادعى على صباغ أو صانع ما قد عمله أنه أودعه إياه وقال الصانع بل استعملتني فيه، فالصانع مصدق ولأنهم لا يشهدون في هذا ولو جاز هذا لذهبت أعمالهم (**أو خولف في الصفة وفي الأجرة إن أشبه وجاز**) من المدونة: إن قال: ألست أمرتني أن ألته بعشرة ففعلت وقال ربه: بل أمرتك بخمسة، فاللات مصدق مع يمينه إن أشبه أن يكون فيه سمن بعشرة لأنه مدع عليه الضمان كقول مالك في الصباغ إذا صبغ الثوب بعشرة دراهم عصفراً وقال لربه بذلك أمرتني وقال ربه: ما أمرتك تجعل فيه إلا بخمسة دراهم عصفراً أن الصباغ مصدق مع يمينه إن أشبه أن يكون فيه بعشرة، وإن أتى بما لا يشبه

لاَ كَبِنَاءٍ، وَلاَ فِي رَدِّهِ، فَلِرَبِّهِ. وَإِنْ بِلاَ بَيِّنَةٍ. وَإِنِ ٱدَّعَاهُ، وَقَالَ: سُرِقَ مِنِّي، وَأَرَادَ أَخْذَهُ، دَفَعَ قِيمَةَ الصَّبْغِ بِيَمِينٍ، إِنْ زَادَتْ دَعْوَى الصَّانِعِ عَلَيْهَا، وَإِنِ ٱخْتَارَ تَضْمِينَهُ، فَإِنْ دَفَعَ الصَّانِعُ قِيمَتَهُ أَبْيَضَ: فَلاَ يَمِينَ، وَإِلاَّ: حَلَفَا، وَٱشْتَرَكَا،

التعاقد. ونصه في آخر ترجمة تفليس الصناع. وإذا طلب الصانع بعد فراغ المتاع نقد يومئذ لم يكن له إلا النقد الذي كان جارياً يوم دفع إليه، وكذلك المكري له نقد البلد الذي حمله منه لا نقد البلد الذي حمله إليه، وإن لم يجر عنه ببلد حمل إليه. انتهى **ص: (ولا في رده فلربه) ش:** قال في كتاب الإجارة من المدونة: وإذا أقر الصانع بقبض متاع وقال: عملته ورددته ضمن إلا أن يقيم بينة على الرد. أبو الحسن: زاد في تضمين الصناع قبضه ببينة أو بغير بينة. ابن يونس: فإن لم تقم بينة على الرد حلف ربه وأخذ قيمته بغير صنعة انتهى. ثم قال في المدونة: وإن ادّعى على أحدهم فأنكر لم يأخذ إلا ببينة أن المتاع قد دفع إليه وإلا حلف. انتهى ونقله ابن يونس.

فرع: قال ابن عرفة في آخر الإجارة: وإن اختلف الأجير من آجره في مرضه أو عطلته في مدة الإجارة ففي قبول قول من آجره إن أواه إليه ليله أو نهاره وإلا فالأجير وعكسه ثالثها الأول في العبد وفي الحر قول الأجير مطلقاً، ورابعها القول قوله مطلقاً، وخامسها عكسه لابن عات عن ابن مغيث عن ابن القاسم وأصبغ، وفتوى الشيوخ وعن اللخمي مع محمد مع أشهب، وعن ابن حبيب مع ابن الماجشون وعن التونسي عن أصل ابن القاسم وغيره. انتهى.
ص: (وإن ادعاه وقال سرق مني إلى قوله حلفا واشتركا) ش: مشى رحمه الله على ما قيد به صاحب النكت والتونسي واللخمي قول ابن القاسم، فجعل رب الثوب تارة يريد أخذه،

صدق رب الثوب مع يمينه، فإن أتيا بما لا يشبه فله أجر مثله. قال ابن القاسم: واللات مثله سواء. ولو قال رب الثوب كان لي فيه صبغ متقدم أو في السويق لتات متقدم لم يصدق. وهذا في جميع ما ذكرنا إذا أسلم إليه السويق والثوب، فأما إن لم يسلم إليه ولم يغب عليه فرب السويق مصدق إذا لم يأتمنه **(لا كبناء ولا في رده فلربه وإن بلا بينة)** أما أن القول قول رب البناء فقال ابن شاس: واختلف الصانع ورب الثوب في قدر الأجر فالقول قول الصانع بخلاف البناء يقول: بنيت هذا البناء بدينار ويقول ربه بأقل فالقول قول ربه مع يمينه لأنه جائز لذلك إلا أن يدعي ما لا يشبه. انظر بحث ابن عرفة في هذا. وأما أن القول قول رب المتاع في أنه لم يأخذه ففي المدونة. وإذا أقر الصانع بقبض متاع وقال عملته ورددته ضمن إلا أن يقيم بينة برده. وقال ابن الماجشون: إن الصناع مصدقون في رد المتاع إلى أهله مع أيمانهم إلا أن يأخذوه ببينة فلا يبرؤوا إلا ببينة **(وإن ادعاه وقال سرق مني وأراد أخذه دفع قيمة الصبغ بيمين إن زادت دعوى الصانع عليها وإن اختار تضمينه فإن دفع الصانع قيمته أبيض فلا يمين وإلا حلفا واشتركا)** من المدونة قال ابن القاسم: إذا قال الصانع: استعملتني هذا المتاع وقال ربه: بل سرقته مني تحالفا وقيل لربه: ادفع إليه أجر عمله وخذه، فإن أبى كانا شريكين هذا

لاَ إِنْ تَخَالَفَا فِي لتِّ السَّوِيقِ وَأَبَى مَنْ دَفَعَ مَا قَالَ، اللاَّتُّ: فَمِثْلُ سَوِيقِهِ،

وتارة يريد تضمين الصناع قيمته فقال: إن أراد أخذه دفع قيمة الصبغ ثم نظر، فإن زادت دعوى الصانع على قيمة الصبغ حلف رب الثوب ليسقط عنه الزائد على قيمة الصبغ من التمسية التي ادعى الصانع، وهذا معنى قول المؤلف: «بيمين» إلى آخره، وقوله: «بيمين» متعلق بمحذوف أي أخذه بيمين، ومفهوم الشرط وهو قوله: «إن زادت دعوى الصانع عليها» أنها لو كانت دعواه مساوية لها أو أقل أخذه بغير يمين وهو كذلك. وأما إن اختار رب الثوب تضمين الصانع فإنه يقال للصانع: ادفع له قيمة الثوب أبيض، فإن فعل فلا يمين على واحد منهما، وإن امتنع حلفا واشتركا. وكيفية حلفهما أن يبدأ برب الثوب فيقال: احلف له أنك لم تستعمله فإذا حلف قيل للصانع: احلف أنه استعملك وإلا ادفع قيمة الثوب أبيض، فإن حلف قيل لربه: ادفع قيمة عمله وخذه، فإن أبى قيل للصانع: ادفع إليه قيمة ثوبه غير معمول، فإن أبى كانا شركين هذا بقيمة ثوبه غير معمول وهذا بقيمة عمله. قال في المدونة: لأن كل واحد منهما مدّع على صاحبه. قال جميع ذلك في التوضيح.

تنبيه: قال في المدونة: قال ابن القاسم: وكذلك إن ادعى أن الصانع سرقه منه إلا أنه إن كان الصانع ممن لا يشار إليه بذلك عوقب رب الثوب وإلا لم يعاقب انتهى. ص: **(لا إن تخالفا في لت السويق وأبى من دفع ما قاله اللات فمثل سويقه)** ش: قال أبو الحسن الصغير

بقيمة ثوبه غير معمول وهذا بقيمة عمله لأن كل واحد منهما مدع على صاحبه. قال بعض فقهاء القرويين: إذا قال رب الثوب: سرق مني وقال الصانع: وقد صبغه بل استعملتني، لا يتحالفان حتى يقال لصاحب الثوب ما تريد، فإن قال أريد أخذ ثوبي نظر إلى قيمة الصبغ، فإن كانت مثل دعوى الصانع فأكثر فلا أيمان بينهما لأنه يقال لرب الثوب هبك أن الأمر كما قلت إنه سرق لك وإن أردت أخذه لم تقدر على أخذه إلا بدفع الإجارة التي قال الصانع إذا كانت مثل قيمة الإجارة أو أقل ولا يمين هاهنا. وإن كان ما ادعاه الصانع أكثر، حلف المستحق وحده ليحط عن نفسه الزائد على قيمة الإجارة من التسمية التي ادعاها الصانع. وإن قال صاحب الثوب أولاً أريد تضمين الصانع قيل له: احلف أنك ما استعملته، فإن حلف قيل للآخر: احلف لقد استعملتك لتبرأ من الضمان، ثم قيل لرب الثوب: ادفع إليه قيمة الصبغ لأنه بريء من المسمى بيمينه أولاً، فإن أبى قيل للآخر: ادفع إليه قيمة ثوبه، فإن أبى كانا شريكين فعلى هذا يصح الجواب في قوله: «سرق مني». وأما قوله: «سرقت أنت» فهو مدع عليه أنه يضمن الثوب بتعديه فاليمين عليهما جميعاً بين فيوجب أحدهما الضمان ويبرأ منه الآخر. **(لا إن تخالفا في لت السويق وأبى من دفع ما قاله اللات فمثل سويقه)** من المدونة: ومن لت سويقاً بسمن وقال لربه: أمرتني أن ألته لك بعشرة وقال ربه: لم آمرك أن تلته بشيء، قيل لصاحب السويق: إن شئت فاغرم له ما قال وخذ السويق ملتوتاً، فإن أبى قيل للات: اغرم له مثل سويقه غير ملتوت وإلا فأسلمه إليه بلتاته ولا شيء لك ويكونان شريكين في الطعام لوجود مثله **(وله**

وَلَهُ وَلِلْجَمَّالِ بِيَمِين: فِي عَدَمِ قَبْضِ الأُجْرَةِ وَإِنْ بَلَغَا الغَايَةَ، إلاَّ لِطُولٍ: فَلِمُكْتَرِيهِ، بِيَمِينٍ،

عن عياض: لت السويق بالتاء باثنتين من فوق هو بله بالسمن ونحوه انتهى. ويشير المؤلف إلى قوله في كتاب الإجارة من المدونة: ومن لت سويقاً بسمن وقال لربه: أمرتني أن ألته لك بعشرة دراهم، وقال له: لم آمرك أن تلته قيل لصاحب السويق: إن شئت فاغرم له ما قال وخذ السويق ملتوتاً، فإن أبى قيل للات اغرم له مثل سويقه غير ملتوت وإلا فأسلمه إليه بلتاته ولا شيء لك، ولا يكونان شريكين في الطعام لوجود مثله، وقال غيره: إذا امتنع رب السويق أن يعطيه ما لته به قضى له على اللات بمثل سويقه غير ملتوت انتهى. أبو الحسن: مسألة السويق هذه دائرة بين أن يقول ربه: أودعتك إياه أو يقول: سرق مني. فقوله في الكتاب: «وقال ربه لم آمرك بلته» أعم من ذلك. وكذا لفظه في الأمهات ونقلها عبد الحق بلفظ: وقال ربه ما دفعت إليك شيئاً. عبد الحق: فهذا مثل قوله في الثوب سرق مني. ثم ذكر قول ابن القاسم وقول الغير. وهل هو وفاق أو خلاف، والظاهر أن المؤلف حمله على الخلاف وترك قول ابن القاسم لترجيح غيره عنده. انظر أبا الحسن وابن يونس والنكت والله أعلم. ص: **(وله وللجمال بيمين إلى قوله فلمكتريه بيمين)** ش: قال في كتاب كراء الرواحل: قال ابن القاسم: وإن قال المكتري دفعت الكراء وأكذبه الجمال وقد بلغ الغاية فالقول قول الجمال إن كانت الحمولة بيده أو بعد أن سلمها بيوم أو يومين وما قرب وعلى المكتري البينة، وكذلك الحاج إن قام الكري بعد بلوغهم ما لم يبعد صدق مع يمينه، فإن تطاول ذلك فالمكتري مصدق مع يمينه إلا أن يقيم الجمال بينة، وكذلك قيام الصناع بحدثان رد المتاع، فإن قبض المتاع ربه وتطاول ذلك فالقول قول رب المتاع وعليه اليمين انتهى. فقول المؤلف: «وله» أي للأجير يشير إلى قوله في المدونة: وكذلك قيام الصناع إلى أخره. وقول المؤلف: «إلا لطول فلمكتريه» استثناء من مسألة الأجير والجمال، وإطلاق المكتري على المستأجر وعلى المكري سائغ والله أعلم. قال أبو الحسن: قوله: «فإن تطاول ذلك فالمكتري مصدق مع يمينه إلا أن يقيم الجمال البينة» ظاهره أن الجمال يقيم البينة أن المكتري لم يقبضه وليس الأمر كذلك. ابن يونس: يريد على إقرار المكتري أنه لم يدفع إليه شيئاً فيقضي بها. انتهى. ويحمل أن يكون الضمير في قوله: «له» راجعاً لرب الأرض والدار المفهومة من السياق لأنه في فصل أكرية الدور والأرضين والحكم في المسألة كذلك قاله في رسم يوصي من سماع عيسى من كتاب أكرية الدور والأرضين، وهي مسألة طويلة فراجعها.

وللجمال بيمين في عدم قبض الأجرة وإن بلغ الغاية إلا لطول فلمكريه بيمين) من المدونة قال مالك: وإذا قال المكتري دفعت الكراء وأكذبه الجمال وقد بلغ الغاية فالقول قول الجمال مع يمينه إن كانت الحمولة بيده أو بعده إن أسلمها بيوم أو يومين وما قرب وعلى المكتري البينة، فإن تطاول ذلك كله فالمكتري مصدق مع يمينه. قال مالك: وكذلك قيام الصناع بالأجر بحدثان رد المتاع وإن قبض

وَإِنْ قَالَ: بِمِائَةٍ لِبَرْقَةَ، وَقَالَ: بَلْ لإِفْرِيقِيَّةَ: حَلَفَا. وَفُسِخَ، إِنْ عُدِمَ السَّيْرُ، أَوْ قَلَّ: وَإِنْ نَقَدَ، وَإِلاَّ فكَفَوْتِ الْمَبِيعِ وَلِلْمُكْرِي فِي الْمَسَافَةِ فَقَطْ، إِنْ أَشْبَهَ قَوْلُهُ فَقَطْ، أَوْ أَشْبَهَا، وَانْتَقَدَ. وَإِنْ لَمْ يَنْتَقِدْ: حَلَفَ الْمُكْتَرِي، وَلَزِمَ الجمَّالَ مَا قَالَ، إِلاَّ أَنْ يَحْلِفَ عَلَى مَا ادَّعَى. فَلَهُ حِصَّةُ الْمَسَافَةِ عَلَى دَعْوَى الْمُكْتَرِي، وَفُسِخَ الْبَاقِي، وَإِنْ لَمْ يُشْبِهَا: حَلَفَا، وَفُسِخَ بِكِرَاءِ الْمِثْلِ فِيمَا مَشَى،

ص: **(وإن قال بمائة لبرقة وقال بل لإفريقية حلفا وفسخ إن علم السير)** ش: قال في الكبير عن ابن المواز: ويبدأ صاحب الظهر باليمين انتهى. قال ابن ناجي في شرح المدونة في كتاب

المتاع ربه وتطاول ذلك فالقول قول رب المتاع وعليه اليمين. **(وإن قال بمائة لبرقة وقال بل لإفريقية حلفا وفسخ إن عدم السير أو قل وإن نقد)** من المدونة قال مالك: إذا اختلف المتكاريان قبل الركوب أو بعد سير لا ضرر في رجوعه فقال المكري: اكتريت إلى برقة بمائة، وقال المكتري بل لإفريقية بمائة، تحالفا وتفاسخا، نقد الكراء أو لم ينقده. وإن اختلفا بعد أن بلغا برقة فقال المكتري: إنما اكريتك إلى برقة بمائة درهم، وقال المكتري إلى أفريقية بمائة درهم، فإن انتقد الكري فهو مصدق إن أشبه أن يكون كراء الناس إلى برقة بمائة درهم ويحلف. قال ابن القاسم: وإن لم يشبه إلا قول المكتري كان للجمال حصة مسافة برقة على دعوى المكتري بعد أن يتحالفا، ولا يلزمه التمادي ولو لم ينتقد وأشبه ما قالا لأن ذلك مما يتغابن الناس فيه تحالفاً وفض الكراء بأخذ الجمال حصة مسافة برقة، وإن لم يتمادوا، وأيهما نكل قضى لمن حلف. وإن أقام بينة قبل الركوب أو بعد أن بلغا برقة قضى بأعدل البينتين، فإن ركب تكافآ وإن لم يركب فسخ الكراء كله. ابن يونس: تلخيص هذه المسألة وبيانها على أصول ابن القاسم أن تنظر؛ فإن أشبه قول الكري خاصة فالقول قوله، انتقد أو لم ينتقد. وإن أشبه قول المكتري خاصة فالقول قوله، نقد الكراء أو لم ينقد. وإن أشبها ما قالا جميعاً نظرت؛ فإن انتقد الكراء فالقول قول الكري، وإن لم ينقد فالقول قول المكتري، وإن كان القول قول المكتري فيحلف ويكون له جميع الكراء، وإذا كان القول قول المكتري حلف ولزم الجمال ما قال إلا أن يحلف على ما ادعى فيكون له حصة مسافة برقة على دعوى المكتري ويفسخ عنه الباقي، وإن لم يشبه قول واحد منهما تحالفا وتفاسخا وكان له كراء المثل فيما مشى دائماً وأيهما نكل قضى لمن حلف **(وإلا كفوت المبيع)**. ابن المواز: إن اختلفا بعد طول السفر فالقول قول المكري في المسافة وقول المكري في الثمن إن لم ينقد وكأنهما في القرب سلعتهما بأيديهما لم تفت، وإذا فات ذلك لبعد السفر فهو كقبض المشتري وفوت ما بيده وفات رد البيع وصار يطلب بالثمن فهو مدعى عليه **(وللمكري في المسافة فقط إن أشبه قوله فقط)**. ابن يونس: إن أشبه قول المكري خاصة فالقول قوله. انظر قبل هذا **(أو أشبها وانتقد)** تقدم قول ابن يونس إن أشبه ما قالا جميعاً نظرت فإذا انتقد الكراء فالقول قول المكري **(وإن لم ينتقد حلف المكتري ولزم الجمال ما قال إلا أن يحلف على ما ادعاه فله حصة المسافة على دعوى المكتري وفسخ الباقي وإن لم يشبها حلف وفسخ بكراء المثل فيما مشى)** تقدم قول ابن يونس إن أشبه ما قالا جميعاً نظرت. فإن لم ينتقد فالقول قول المكتري وحلف ولزم الجمال ما قال إلا أن يحلف على ما ادعاه فتكون له حصة مسافة برقة على دعوى المكتري ويفسخ عنه الباقي، وإن لم يشبه قول

وَإِنْ قَالَ: أَكْرَيْتُكَ لِلْمَدِينَةِ بِمِائَةٍ وَبَلَغَاهَا، وَقَال بَلْ لِمَكَّةَ بِأَقَلَّ، فَإِنْ نَقَدَهُ فَالْقَوْلُ لِلْجَمَّالِ فِيمَا يُشْبِهُ وَحَلَفَا وَفُسِخَ، وَإِنْ لَمْ يَنْتَقِدْ. فَلِلْجَمَّالِ فِي الْمَسَافَةِ، وَلِلْمُكْتَرِي فِي حِصَّتِهَا مِمَّا ذُكِرَ بَعْدَ يَمِينِهِمَا وَإِنْ أَشْبَهَ قَوْلُ الْمُكْرِي فَقَطْ. فَالْقَوْلُ لَهُ بِيَمِينٍ، وَإِنْ أَقَامَا بَيِّنَةً. قُضِيَ بِأَعْدَلِهِمَا، وَإِلاَّ

السلم: سمعت شيخنا ينقل عن التونسي أن المراد بإفريقية حيث ما وقعت في المدونة القيروان.

ص: (**وإن قال أكريتك للمدينة بمائة وبلغاها وقال بل لمكة بأقل فإن نقده فالقول للجمال فيما يشبه وحلفا وفسخ وإن لم ينقد فللجمال في المسافة وللمكري في حصتها مما ذكر بعد يمينهما وإن أقاما بينتين قضي بأعدلهما**) ش: اعلم إن اختلافهما في المسألة الأولى إنما كان في المسافة فقط، والخلاف بينهما في هذه المسألة في المسافة وفي قدر الكراء معاً. وقد اختصر المصنف الكلام فيها تبعاً للمدونة فلم يذكر حكم ما إذا كان اختلافهما قبل الركوب أو بعد الركوب بيسير أو بعد ركوب كثير اعتماداً على ما تقدم في المسألة التي قبلها فإن الحكم فيها إذا تخالفا قبل الركوب أو بعد الركوب اليسير التحالف والتفاسخ كما تقدم. وأما بعد الركوب الكثيرة فالحكم في ذلك حكم ما إذا بلغا المدينة كما سيأتي في كلام الرجراجي والله أعلم. وقوله: «**فإن نقده فالقول للجمال فيما يشبه وحلفا فسخ**» يعني أنه إذا كان اختلافهما بعد أن بلغا المدينة يريد أو بعد السير الكثير فلا يخلو إما أن يكون اختلافهما قبل النقد أو بعده، فإن كان بعد أن انتقد الجمال الكراء فالقول قول الجمال فيما يشبه، ويشير بذلك لقوله في كتاب كراء الرواحل من المدونة ونصه: قال ابن القاسم: ولو قال الكري: أكريتك إلى المدينة بمائتين وقد بلغاها وقال المكتري: بل إلى مكة بمائة، فإن نقده المائة فالقول قول الجمال فيما يشبه لأنه ائتمنه ويحلف له المكتري في المائة الثانية ويحلف الجمال أنه لم يكره إلى مكة بمائة

واحد منهما تحالفا وتفاسخا وكان له كراء المثل فيما مشى (**وإن قال أكريتك للمدينة بمائة وبلغاها وقال بل لمكة بأقل فإن نقده فالقول للجمال فيما يشبه**) من المدونة قال ابن القاسم: ولو قال للمكتري أكريتك إلى المدينة بمائتين وقد بلغاها وقال المكتري بل إلى مكة بمائة، فإن نقده المائة فالقول قول الجمال فيما يشبه. ابن يونس: معناه إذا أشبه ما قالا جميعاً. قال ابن القاسم: ويحلف له المكتري في المائة الثانية ويحلف الجمال أنه لم يكر إلى مكة بمائة ويتفاسخان. قال ابن القاسم: وإن لم ينقده صدق الجمال في المسافة وصدق المكتري في حصتها من الكراء الذي يذكر بعد أيمانهما ويفض الكراء على ما يدعي المكتري، فإن أقاما بينتين قضى بأعدلهما، وإن تكافأتا سقطتا (**وحلفا وفسخ**) تقدم قول ابن القاسم: يحلف له المكتري ويحلف الجمال ويتفاسخان (**وإن لم ينقده فللجمال في المسافة وللمكتري في حصتها مما ذكر بعد يمينهما**) تقدم قول ابن القاسم: إن لم ينقده صدق الجمال في المسافة وصدق المكتري في حصتها من الكراء الذي يذكر بعد أيمانهما (**وإن أشبه قول المكري فقط فالقول له بيمين**). ابن يونس: قال ابن القاسم وغيره: أما إن أشبه قول المكري خاصة فالقول قوله ويحلف على دعوى المكتري ويأخذ المائتين (**وإن أقاما بينتين قضي بأعدلهما وإلا سقطتا**) تقدم قول

ويتفاسخان. وقال الرجراجي: فإن أشبه قولهما أو قول الجمال فالقول قوله فيما انتقد مع يمينه، كان ما انتقد كل الذي ادعى أو بعضه. ويحلف له المكتري فيما لم ينقده. وهذا الذي قاله الرجراجي خلاف ما قاله أبو الحسن الصغير وهو ظاهر كلام ابن يونس فإنه نقل عن ابن يونس أنه قال في كلام المدونة: هذا إذا أشبه ما قالاه جميعاً، وأما إن أشبه قول المكتري خاصة فإنه يحلف على دعوى المكتري ويكون له المائة. قاله فيما يأتي إذا لم ينقد فأحرى إذا انتقد انتهى. وهو ظاهر. ويمكن أن يقال: إن قول المصنف بعد هذا وإن أشبه قول المكري فقد عائد إلى المسألتين جميعاً أعني مسألة الانتقاد وعدم الانتقاد، ولم يتكلم المصنف على ما إذا أشبه قول المكتري فقط. وقال الرجراجي: القول قوله مع يمينه وتفض المائة على المسافتين، فما ناب المسافة المتفق عليها كان للكرى، وما ناب المسافة المختلف فيها رده الكرى على المكتري، يريد بعد حلف الجمال على أن الكراء إنما كان للمدينة والله أعلم. ثم قال: فإن نكل المكتري عن اليمين كان القول قول المكري ويأخذ ما ادعاه لأن المكتري مكنه بنكوله، وإن لم يشبه قول واحد منهما فإنهما يتحالفان ويتفاسخان ويكون للكرى في المسافة المتفق عليها كراء المثل. وقوله: «إن لم ينقد» هذا هو الشق الثاني من شقي المسألة، وهو ما إذا كان اختلافهما بعد أن بلغا المدينة، يريد أو بعد السير الكثير ولكن لم ينتقد الكراء فقال المصنف: القول للجمال في المسافة وللمكتري في حصتها مما ذكرا بعد يمينهما، وهذا الحكم إذا أشبه قول المكتري وحده أو أشبه قولهما معاً يبين ذلك قوله : «وإن أشبه قول المكري فقط فالقول له بيمين». قال في المدونة إثر كلامه السابق: وإن لم ينقده صدق الجمال في المسافة وصدق المكتري في حصتها من الكراء الذي يذكر بعد أيمانهما، ويفض الكراء على ما يدعي المكتري. وقال هو وغيره: وذلك إذا أشبه ما قالا أو ما قال المكتري، وأما إن أشبه قول المكري خاصة فالقول قوله ويحلف على دعوى المكتري انتهى. وقال الرجراجي: فإن أشبه قول كل منهما أو انفرد المكتري بالشبه فالقول قوله مع يمينه ويفض ما أقر به من الكراء على المسافتين، فما ناب مسافة المدينة كان للكرى، وما ناب مسافة مكة سقط عن المكتري، ويكون له الركوب إلى المدينة إن اختلفا قبل بلوغها. وإن أشبه قول المكري فقط فالقول قوله مع يمينه ويكون له جميع ما ادعاه. وبقي وجه لم يتكلم عليه المصنف وهو ما إذا لم يشبه قول واحد منهما، والحكم في ذلك . كما قال الرجراجي. أن يتحالفا ويكون للكرى كراء المثل في المسافة المتفق عليها بالغاً ما بلغ، ومن نكل منهما قبل عليه قول صاحبه والله أعلم.

فرع: وإذا اختلفا فيمن يبدأ باليمن فإنهما يقترعان. نقله أبو الحسن الصغير. وقوله: «وإن أقاما بينتين قضي بأعدلهما وإلا سقطتا» إنما نبه على هذه المسألة وإن كان الحكم في تعارض البينتين كذلك لينبه على غير قول ابن القاسم في المدونة فإنه قال: أقبل بينة كل منهما إذا

سَقَطَتَا. وَإِنْ قَالَ: اكْتَرَيْتُ عَشْراً بِخَمْسِينَ، وَقَالَ: خَمْساً بِمَائَةٍ. حَلَفَا، وَفُسِخَ، وَإِنْ زَرَعَ بَعضاً وَلَمْ يَنْقُدْ فَلِرَبِّهَا مَا أَقَرَّ بِهِ المكْتَرِي إن أَشْبَهَ وَحَلَفَ وَإِلاَّ فقولُ ربِّهَا إِنْ أَشْبَهَ

كانت عادلة لأن كل واحد منهما ادعى فضلة أقام عليها بينة فأقضي بأبعد المسافتين وبأكثر الثمنين، وليس هذا من التهاتر وسواء انتقد أو لم ينتقد والله أعلم.

مسألة: قال في كراء الرواحل: وإن طلب الجمال نقد الكراء قبل الركوب أو بعد السير القريب فامتنع المكتري حملاً على سنة الناس في نقد الكراء أو تأخيره وإن لم يكن لهم سنة كان كالسكنى لا يعطيه إلا بمقدار ما سكن، وإن عجل الكراء من غير شرط فلا رجوع له فيه، فإن أراد أحدهما نقد البلد الذي بلغا إليه وطلب الآخر نقد بلد التعاقد قضى البلد الذي عقدا فيه الكراء انتهى. انظر المشذالي في هذا المحل فإنه ذكر اختلافهما في كراء الدور، وانظر أبا الحسن.

فائدة: قال أبو الحسن: يقال: الكرى والمكاري والمكري لبائع المنافع، ويقال: المكتري والمتكاري لمشتريها حيث دخلت التاء فهو مشتري المنافع، وجمع المكري مكرون. وجمع الكري أكرياء، وجمع المكتري مكترون، انتهى ص: **(وإن قال اكتريت عشراً بخمسين وقال بل خمساً بمائة حلفا وفسخ)** ش: يريد إذا كان ذلك بحضرة الكراء ولم يزرع شيئاً يبينه مقابلته له بقوله: «وإن زرع» إلى آخره وهو كقوله في المدونة: فإن كان بحضرة الكراء تحالفا وتفاسخا. أبو الحسن: ولا يراعى الأشبه وظاهره انتقد أم لا، وهذا مذهب ابن القاسم لأنه لم يجعل النقد فوتاً. انتهى ص: **(وإن أشبه وحلف)** ش: أي إن أشبه قوله ويحلف وهو كقوله في المدونة: فلربها فيما مضى ما أقر به المكتري إن أشبه تغابن الناس. أبو الحسن: ظاهره وإن أشبه مع ذلك قول الآخر فهذان وجهان انتهى. الأول: إذا أشبه قول المكتري فقط. الثاني: إذا أشبها. قال ابن يونس: قوله: «فلربها ما أقر به المكتري لأنه غارم وهو خمسة في كل سنة انتهى. ص: **(وإلا فقول ربها إن أشبه)** ش: يريد مع يمينه. قال في المدونة: وإن لم يشبه أي قول المكتري قبل قول ربها مع يمينه. أبو الحسن: قوله: «وإن لم

ابن القاسم: إن أقاما بينة قضى بأعدلهما وإن تكافأتا سقطتا. **(وإن قال أكريت عشراً بخمسين وقال قابل خمساً بمائة حلفا وفسخ)** من المدونة قال ابن القاسم: إذا قال المكتري اكتريت الأرض عشر سنين بخمسين ديناراً وقال ربها: بل خمس سنين بمائة دينار، فإن كان بحضرة الكراء تحالفا وتفاسخا **(وإن زرع بعضاً ولم ينقد فلربها ما أقر به المكتري إن أشبه وحلف)**. ابن القاسم: فإن كان قد زرع سنة أو سنتين ولم ينقده فالقول قوله في ذلك لأنه غارم ولربها ما أقر به المكتري. ابن يونس: وهو خمسة في كل سنة إن أشبه أن يتغابن الناس بمثله ويحلف **(وإلا فقول ربها إن أشبه)**. ابن يونس: إن لم يشبه قول الزارع قبل قول ربها مع يمينه إن أشبه وهو عشرون في كل سنة إذا

فَإِن لَمْ يُشْبِهَا حَلَفَا. وَوَجَبَ كِرَاءُ المِثْلِ فِيمَا مَضى، وَفُسِخَ البَاقِي مُطْلَقاً وإِن نَقَدَ فتردُّدٌ.

يشبه» يريد أو نكل فالقول قول ربها وهذا وجه ثالث انتهى. والرابع إذا أتيا معاً بما لا يشبه والله أعلم ص: (**وفسخ الباقي مطلقاً**) ش: هو كقوله في المدونة: ويفسخ باقي المدة على كل حال. أبو الحسن: يعني في الوجوه الأربعة ص: (**وإن نقد فتردد**) ش: أجمل رحمة الله في ذكر هذا التردد ولم يبين ذلك شراحه، وإنما يتبين ذلك بذكر كلام المدونة وشراحها قال فيها في كراء الدور بعد أن ذكر الأوجه الأربعة المتقدمة: وهذا إذا لم ينقد. قال أبو الحسن: مفهمومه لو نقد لكان القول قول ربها ولا يفسخ بقية الخمس سنين فيكون كقول الغير ومخالفاً لقوله. ويفسخ باقي المدة على كل حال. فقيل معنى قوله: «وهذا إذا لم ينقد» أي هذا الذي سمعت من مالك ولم أسمع منه إذا انتقد والحكم عنده سواء فيهما. لكن يعترض هذا بقوله: ومن قول مالك أن رب الأرض والدابة والدار مصدق في الغاية فيما يشبه وإن لم ينتقد، إذ هذا الكلام يظهر منه أنه مصدق إذا انتقد إذ هو من باب أولى، وهذا يعطي سماعه للوجهين، وقيل: إنه يعود على أول المسألة وهذا إذا زرع سنة أو سنتين إلا أن فيه تكراراً انتهى. ونص قول الغير فيها قال غيره: إذا انتقد فالقول قول ربها مع يمينه فيما يشبه من المدة، فإن لم يأت بما يشبه وأتى المكتري بما يشبه صدق فيما سكن على ما أقر به ويرجع ببقية المال على ربها بعد يمينه على ما ادّعى عليه ويمين المكري فيما ادّعى عليه من طول المدة، وإن لم يشبه واحد منهما تحالفا وفسخ الكراء، وعلى المكتري قيمة كراء ما سكن، وإن أتيا بما يشبه صدق رب الأرض لأنه انتقد مع يمينه انتهى. فجعله إذا أتى رب الأرض بما يشبه لا ينفسخ، وكذا إذا أتيا معاً بما يشبه فيكون في هذين الوجهين مخالفاً لما تقدّم فيما إذا لم ينتقد. فمن الشيوخ من حمل قول ابن القاسم: «وهذا إذا لم ينتقد» على معنى أنه إن انتقد فلا يفسخ يريد في هذين الوجهين، ويكون قول ابن القاسم موافقاً لقول الغير، ومنهم من يرى أن مذهب ابن القاسم أنه يفسخ مطلقاً ويكون قول الغير خلافاً وهو تأويل ابن يونس فإنه قال: هذا الذي ذكر الغير غير موافق لقول ابن القاسم إلا قوله: «إذا أشبه قول ربها أو أشبه ما قالا إن المكترى يلزمه أن يسكن على ما أقر به المكتري» فهذا يخالف فيه ابن القاسم ويرى أنهما يتحالفان ويتفاسخان في بقية المدّة لأنها كسلعة قائمة لم تقبض والله أعلم.

تساوت الشهور (**وإن لم يشبها حلفا ووجب كراء المثل فيما مضى وفسخ الباقي مطلقاً وإن نقد فتردد**). ابن يونس: فإن لم يشبه قول واحد فله كراء المثل فيما مضى وفسخ باقي المدة على كل حال، وإنما فسخت بقية الخمس سنين وإن أقر بها رب الأرض لدعواه في كرائها أكثر من دعوى المكتري، وهذا إذا لم ينقد. ومن قول مالك إن رب الأرض والدار والدابة مصدق في الغاية فيما يشبه وإن لم ينتقد قال غيره: وإن انتقد فالقول قول ربها مع يمينه. ابن يونس: هذا الذي ذكر الغير موافق لابن القاسم. انظره فيه. ابن شاس.

باب الجعالة

صِحَّةُ الجعلِ بالتزامِ أَهْلِ الإِجَارَةِ جُعْلاً عُلِمَ،

باب

ص: **(صحة الجعل بالتزام أهل الإجارة جعلاً علم)** ش: قال ابن عرفة: الجعل على عقد معاوضة على عمل آدمي بعوض غير ناشيء عن محله به لا يجب إلا بتمامه لا بعضه ببعض. فيخرج كراء السفن والمساقاة والقراض. وقولنا: «به» خوف نقض عكسه بقوله: إن أتيتني بعبدي الآبق فلك عمله كذا أو خدمته شهراً لأنه جعل فاسد لجهل عوضه، والمعروف حقيقته المعروضة للصحة والفساد أو جزاء منه معاوضة على عمل آدمي يجب عوضه بتمامه لا بعضه ببعضه، فتخرج المساقاة والإجارات لاستحقاق بعضه ببعض فيهما، والقراض لعدم وجوب عوضه لجواز تجره ولا ربح. وقول ابن رشد: «هو جعل الرجل جعلاً على عمل رجل لو لم يكمله لم يكن له شيء» ينتقض بالقراض انتهى. والضمير في قوله: «به» يعود للعمل أي بعوض غير ناشيء عن محل العمل بسبب ذلك العمل، فتخرج المغارسة والقراض لأنه بعوض ناشيء عن محل العمل لكن ليس ذلك العوض ناشئاً بسبب العمل فتأمله. وقال في التوضيح: الأصل في الجعالة قوله تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير﴾ [يوسف: ٧٢] وحديث الرقية انتهى. قال ابن عرفة بعد ذكر الحديث قلت: تمسك به غير واحد من أشياخ المذهب في جواز الجعل وفيه نظر، لجواز كون إقراره ﷺ على ذلك لاستحقاقهم إياه بالضيافة فأجاز لهم استخلاص ذلك بالرقية رخصة اتفاقاً انتهى. وقد بحث ابن ناجي مع ابن عرفة في رد الاستدلال المذكور

كتاب الجعالة

والنظر في أحكامها وأركانها. أما الأركان فالمتعاقدان والعمل والجعل. وأما الأحكام فأربعة **(صحة الجعل بالتزام أهل الإجارة)**. ابن شاس: ولا يشترط في متعاقدي الجعل إلا أهلية الاستئجار والعمل **(جعلاً علم)**. ابن شاس: شرط الجعل أن يكون معلوماً مقدراً كالإجارة. ومن المدونة: ما لا يجوز بيعه لا يجوز أن يكون ثمناً لإجارة أو جعل. وذكر ابن لبابة هذا فقال: قال ابن القاسم: كل ما جاز بيعه جاز الاستئجار به وأن يجعل جعلاً. وما لم يجز بيعه لم يجز الاستئجار به ولا جعله جعلاً إلا خصلتان في الذي يجعل لرجل على أن يغرس له أصولاً حتى تبلغ حد كذا ثم هي والأصل بينهما فإن نصف هذا لا يجوز بيعه. وفي الذي يقول: القط زيتوني فما لقطت من شيء فلك نصفه فإن هذا يجوز. ابن رشد: يريد وبيعه لا يجوز. قال ابن لبابة: وقد رُوي عن مالك أنه لا يجوز، ولم يختلف قول مالك في الرجل يكون له على الرجل مائة دينار فيقول: ما اقتضيت من شيء من ديني فلك نصفه أنه لا يجوز وهما سواء. ابن رشد: ما هما سواء والأظهر من القولين أنه لا يجوز المجاعلة على لقط الزيتون بالجزء منه لأن أوله أهون من آخره والمجاعلة على اقتضاء الدين بالجزء مما يقتضي، فأشهب

يَسْتَحِقُّهُ السامِعُ بالتَّمَامِ ككراءِ السُّفُنِ

والصواب مع ابن ناجي فتأمله والله أعلم. ص: (ككراء السفن) ش: تصوره واضح.

فرع: قال في أوائل رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الرواحل: قال مالك في النفر يتكاردن السفينة فيحملون فيها طعاماً لهم فإذا بلغوا قال أوّل من يمر بمنزله منهم: أنا آخذ طعامي فأخذ طعامه، ثم إن السفينة غرقت. قال: ليس عليه تبعة لأصحابه، أذنوا في ذلك أم لم يأذنوا، وليس عليه أن يبلغ معهم بطعامه ثم يرجع إلا أن يكتالوا فينقص الكيل فيكون عليه بقدر طعامه. ابن رشد: المعنى في هذه المسألة أنهم اكتروا السفينة على أن يحمل فيها الطعام إلى منازلهم فوجب كل ما مر أحد منهم بمنزله أن يأخذ طعامه لأنه على ذلك حمله، فإن نقص الطعام بعد ذلك كان عليه من النقصان بحسب طعامه يرجع به عليه لأنه حمله معهم على سبيل الشركة، وكذا لو وجد أسفل القمح قد اسود لموج ركبه إلا أن يعلم أن فساده إنما كان بعد أخذ طعامه فلا يكون عليه في ذلك تبعة، كما لو غرق المركب بعد أخذه طعامه فذهب بما فيه. وأما لو حملوا الطعام في سفينة إلى بلد واحد لتجارة أو لغير تجارة فخلطوه أو اختلط لم يكن لأحد منهم أن يأخذ طعامه بالطريق إلا أن يرضي أصحابه مخافة أن يكون أسفل طعامه فاسداً أو يفسد بعد ذلك أو ينقص في الكيل، فإن أخذ طعامه من الطريق برضا أصحابه لم يكن لهم عليه تباعة إن ألفوه فاسداً أو نقص كيله على ما قاله في رسم الأقضية

لا يجيزه والأظهر أنه جائز إذ لا فرق بين أوله وآخره في العناء في اقتضائه. وأما الحصاد والجداد فلا خلاف بينهم في جواز المجاعلة فيه على الجزء منه بأن يقول له جد من نخلي ما شئت أو احصد من زرعي ما شئت على أن لك من كل ما تحصد أو تجد جزء كذا لجزء يسميه، ووجهه أنه لا يلزم واحداً منهما **(يستحقه السامع)** سمع عيسى ابن القاسم: من جعل في عبد له عشرة دنانير لمن جاء به فجاء به من لم يسمع بالجعل، فإن كان يأتي بالآبق فله جعل مثله وإلا فليس له إلا نفقته. وإن جاء به من سمعه فله العشرة وإن كان مما لا يأخذ الآبق. وقال ابن الماجشون وأصبغ: إن له الجعل المسمى وإن لم يعلم به وحكاه ابن حبيب عن مالك. ابن رشد: وقول ابن القاسم أظهر لأن الجاعل إنما أراد بقوله تحريض من سمع قوله على طلبه فوجب أن لا يجب ما سمى من الجعل إلا لمن سمعه فطلبه بعد ذلك. ابن عرفة: جعل ابن شاس وابن الحاجب قول ابن الماجشون هو المذهب وليس كذلك. انظر هذا مع ما تقدم عند قوله: «ولا تعين» أنه لا جعل في أداء الأمانات فمن وجد ضالة لا جعل له **(بالتمام)** ابن المواز: قال مالك: من قال لرجل بع ثمر حائطي ولك كذا ثم جاء صاحب الحائط قوم فساوموه حتى باع منهم فطلب الرجل حقه فلا شيء له، إنما جعل له على أن يبيع ويماكس فهذا بايعهم وماكسهم ليس هو **(ككراء السفن)**. ابن عرفة: في حكم كراء السفن اضطراب. قال ابن رشد: قول ابن القاسم وروايته أنه على البلاغ كالجعل الذي لا يتم إلا بتمام العمل كان على قطع الموسطة أو الريف. ومن المدونة قال مالك: من اكترى سفينة فغرقت في ثلثي الطريق وغرق ما فيها من

إِلاَّ أَنْ يَسْتَأْجِرَ عَلَى التَّمامِ فَبِنسْبَةِ الثاني. وإِن آسْتُحِقَّ ولو بِحُرِّيَّةٍ،

الثاني عن أشهب من كتاب الشركة، وما يأتي له بعد هذا في رسم حلف وفي رسم أخذ يشرب خمراً. ومن الناس من ذهب إلى أن رواية أشهب معارضة لهذه الرواية، والصحيح أن لا تعارض بينهما ولا اختلاف على ما بيناه انتهى. وقال في رسم حلف من سماع ابن القاسم من الكتاب المذكور: وسئل عن رجل حمل طعاماً من الريف في سفينة فمر بأخ له في قرية أخرى. فقال: أفي سفينتك فضل تحمل لي مائة أردب؟ قال: نعم وقد كان الأول حمل فيها خمسمائة أردب فألقى طعامه من فوق طعام صاحبه فانخرق المركب فدخل الماء في أسفله فأصاب منه نحو خمسين أردباً وهو يعلم أنه لم يصل إلى طعام الرجل الذي كان حمله فوق طعامه الأول قال: أراهما في ذلك شريكين. قلت: إنه لم يصل إلى الأول. قال: قد حملاه على وجه الشركة وخلط. ابن رشد: مضى القول في معنى هذه المسألة. وقال في رسم أخذ يشرب خمراً من السماع المذكور: قال مالك في الطعام الذي في السفينة الذي فسد بعضه ولم يفسد بعضه: إن كان كل واحد طعامه محجوزاً على حدته قد حازه بشيء جعله حاجزاً فيما بين القمح فأرى أن من سلم منهم فله ما سلم، ومن أصيب منه بما أصابه أو اسود لموج ركبه فمصيبته من صاحبه، وإن كانت تلك التي حجزوها قد انخرق بعضها إلى بعض حتى اختلط

طعام وغيره فلا كراء لربها، وأرى أن ذلك على البلاغ. وقال يحيى بن عمران: كان كراؤهم على قطع البحر مثل السفر من صقلية إلى أفريقية إلى الأندلس فلا شيء لهم من الكراء، وإن كان كراؤهم من الريف مثل الكراء من مصر إلى إفريقية وشبهه فلهم بحساب ما ساروا، وبهذا كان أصبغ يقول. وترجم اللخمي على كراء السفن فقال: إنه جعل وإجارة. انظره فيه ويسقط بتركه **(إلا أن يستأجر على التمام فبنسبه الثاني)** من المدونة قال مالك: والجعل يدعيه العامل متى شاء ولا شيء له يريد إلا أن ينتفع الجاعل بما عمل له المجعول له مثل أن يجعل جعلاً على حمل خشبة إلى موضع كذا فيتركها في بعض الطريق فيستأجر ربها من يأتيه بها، أو يعجز عن حفر البئر بعد أن ابتدأ فيها ثم جعل صاحبه الآخر فأتمها، فهذا يكون للثاني جميع إجارته التي عاقده عليها ويكون للأول بقدر ما انتفع به الجاعل مما حط عليه من جعل الثاني أو إجارته. وقد وقع في المستخرجة لو كان جعل الأول خمسة وجعل الثاني عشرة بعد أن أبلغها الأول نصف الطريق أو نصف الحفر في البئر لأن الأول يأخذ عشرة لأنه الذي ينوب، فعلى الأول في الإجارة من إجارة الثاني لما استؤجر نصف الطريق بعشرة على أن قيمة إجارته يوم استؤجر عشرون، فيسقط عن الجاعل عشرة هي التي يغرمها للأول. ابن يونس: انظر في الأول قد رضي أن يحملها جميع الطريق بخمسة فكان يجب أن يعطي له نصفها لأنه حملها نصف الطريق، ولأن المغابنة جائزة في الجعل وغيره **(وإن استحق ولو بحرية)**. ابن المواز: ومن جعل لرجل في عبد آبق له جعلاً فقطعت يده أو فقئت عينه قبل أن يصل به إلى ربه فصار لا يسوى الجعل أو نزل به ذلك قبل أن يجده ثم وجده، فله جعله كاملاً ولا ينظر أزاد العبد أو نقص، وقاله مالك. قال:

الطعام كانوا شركاء جميعاً فيما فسد لهم وضاع، يأخذ كل واحد منهم بحصة طعامه. ابن رشد: قوله: «إن الطعام إذا انخرق ما حجز به بين طعام كل واحد فاختلط أنه يحكم بينهم فيما فسد منه بحكم الشركة» فهو صحيح إذ لا فرق بين أن يحملوه على الشركة أو يختلط بغير اختيارهم فيما يجب من أن يكونوا شركاء فيه بحسب ما لكل واحد منهم انتهى. وفي رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب من الشركة: وسئل عن القوم يحملون الطعام من القمح في السفينة الواحدة يختلط بعضه ببعض، ثم يريد بعضهم البيع بالطريق. فقال: لا أرى له ذلك إلا أن يرضي أصحابه أن يعطوه لأني أخاف أن يكون أسفل الطعام فاسداً أو يمطروا بعد ذلك فيفسد القمح، فلا أرى لواحد منهم أن يأخذ حتى يبلغوا جدة فيقتسمونه الفاسد والجيد إلا أن يرضي أصحابه أن يسلموا له حقه، فأرى ذلك ولا أرى له عليهم تباعة إذا نزلوا فوجدوا القمح فاسداً.

قلت: المعنى في هذه المسألة أنهم حملوا الطعام في السفينة على أن يمروا لبلد واحد لتجارة أو لغير تجارة، فلذلك لم ير لواحد منهم أن يأخذ طعامه إذا كان قد اختلط بمنزلة أن لو كانوا خلطوه وحملوه على الشركة لأن اختلاطه يوجب اشتراكهم فيه، وذلك بخلاف ما لو حملوه على أن يمروا به على منازلهم كان من حق من يمر منهم بمنزله أولاً أن يأخذ طعامه فيه، ولا يكون لأصحابه عليه تبعة إلا أن ينقص الطعام أو يكون قد أصابته آفة على ما قاله في أول رسم من سماع ابن القاسم من كراء الرواحل حسبما بيناه في ذلك، فليس هذا بمخالف لها. ومن الناس من حملها على الخلاف وليس ذلك عندي بصحيح والله أعلم انتهى. وتقدّم في باب القسمة عند قول المصنف: «لا شهادته» عن البرزلي أن السفن إذا اختلط فيها الطعام المشحون أنه يقبل كل واحد فيما ذكر بعد يمينه إذا ادعى ما يشبه. وقال في رسم حلف أن لا يبيع سلعة من سماع ابن القاسم من كتاب البضائع والوكالات: وسئل عن الرجل يبعث معه قوم ببضائع لهم في قمح فيجمع ذهبهم فيشتري لهم دفعة واحدة ثم يصاب ذلك الطعام قال: لا يشبه هذا الذي ذكرت من الدقيق وليس بهذا بأس ولا ضمان عليه.

قلت: هذا كما قال ومثله لابن القاسم من كتاب ابن المواز قال: وكذلك كل ما ينقسم بكيل أو وزن يشتريه لهم مشاعاً ثم يقسمه، وأما ما لا يقسم إلا بالقيمة فهذا يضمن. قال محمد: بخلاف العامل في القراض يخلط أموال المقارضين فيما يقسم بالقيمة لأنه إليه البيع

وإن لم يصل به إلى ربه حتى استحقه مستحق فالجعل على الجاعل ليس على مستحقه من ذلك شيء، وكذلك لو استحق بالحرية فالجعل على الجاعل ولا يرجع عليه. قال أصبغ: ولا على أحد وهو قول ابن القاسم. قال ابن المواز: أحب إلي أن يرجع الجاعل على المستحق بالأقل من ذلك أو من جعل مثله.

بخلافِ موتِهِ بلا تقديرِ زَمَنٍ إلا بِشَرْطِ تركٍ مَتى شَاءَ وَلاَ نَقْدِ

وليس ذلك للأول. انتهى ص: **(بخلاف موته)** ش:.

فرع: ولو أعتقه سيده فقال في النوادر في كتاب الجعل والإجارة: قال عبد الملك: ومن جعل في آبق جعلاً ثم أعتقه فلا شيء لمن وجده بعد ذلك وإن لم يعلم بالعتق، ولو أعتقه بعد أن وجده كان له جعله، فإن كان عديماً فذلك في رقبة العبد لأنه بالقبض وجب له الجعل. قال أحمد: إن كان العتق بعد القدوم فكما قال، وإن أعتقه بعد علمه أنه وجده لزمه جعله، وإن لم يجد عنده لم يصح عتق العبد حتى يقبض هذا جعله مبدأ على الغرماء. أحمد: كالمرتهن. انتهى ص: **(في كل ما جاز فيه الإجارة)** ش: قال في الذخيرة: الركن الثالث العمل. وفي الجواهر: هو كل عمل يجوز الاستئجار عليه لكن لا يشترط كونه معلوماً تحصيلاً لمصلحة العقد احترازاً ممن وجد آبقاً أو ضالاً بغير عمل فلا جعل له، وممن عرف مكانه فدل عليه لأن ذلك واجب عليه انتهى. وقال قبله في مسألة طلب الآبق: فإن طلب من يعلم موضعه فلا شيء له لأن ذلك واجب عليه انتهى. قال في الكتاب في شروط المعقود عليه: الأول أن يكون مما لا يلزم المجعول له عمله، فإن كان مما يلزمه لم يجز له أخذ الجعل عليه مثل أن يجد آبقاً من غير عمل لأن رده واجب عليه انتهى. وقال ابن سلمون: ومن رد آبقاً أو ضالة من غير عمل فلا جعل له على رده ولا على دلالته لوجوب ذلك عليه انتهى. وقال في النوادر في كتاب الجعل والإجارة: وإنما يجوز الجعل على طلب عبد يجهل مكانه. فأما من وجد آبقاً أو ضالاً أو ثياباً فلا يجوز له أخذ الجعل على رده ولا على أن يدله على مكانه بل ذلك واجب عليه، فأما من وجد ذلك بعد أن جعل ربه فيه جعلاً فله الجعل، علم بما جعل فيه أو لم يعلم، تكلف طلب هذه الأشياء أم لم يتكلف. وإن وجده قبل أن يجعل ربه فيه شيئاً فانظر، فإن كان ممن يطلب الإباق وقد عرف بذلك فله جعل مثله، وإن لم يكن ممن نصب لذلك نفسه فليس له إلا نفقته، وكذلك لو جاء به بدأ ولم يبذل ربه فيه جعلاً، وكذلك قال ابن الماجشون وأصبغ وكله قول مالك. وقال ابن الماجشون في كتابه: إذا كان ليس من شأنه طلب الإباق فلا جعل له ولا نفقة قولاً مجملاً انتهى.

(بخلاف موته). ابن عرفة: موت الآبق قبل إيصاله يسقط جعله لعدم تمام عمله. قال عبد الملك: من جعل على آبق جعلاً ثم أعتق فلا شيء لمن وجده بعد ذلك وإن لم يعلم بعتقه، ولو أعتقه بعد أن وجده فله جعله، فإن كان عديماً فذلك في رقبة العبد لأنه بالقبض وجب له الجعل **(بلا تقدير زمن إلا بشرط ترك متى شاء)** من المدونة قال مالك: الإجارة تلزم بالعقد ولا تجوز إلا بأجل وليس لأحدهما الترك حتى يتم الأجل بخلاف ذلك يدعه العامل متى شاء ولا يكون مؤجلاً. ومن المدونة قال مالك: لو قال: بع هذا الثوب ولك درهم فذلك جائز، وقت له في الثوب ثمناً أم لا، وهو جعل. فإن قال: اليوم لم يصلح إلا أن يشترط أن يترك متى شاء **(ولا نقد)** ابن المواز: قال مالك: ولا يصلح الأجل في

مُشْتَرَطٍ فِي كلِّ ما جاز فيه الإِجَارَةُ بِلاَ عَكْسٍ ولو في الكثيرِ إلاَّ كبيعِ سِلَعٍ كثيرةٍ لاَ يَأْخُذُ شَيْئاً إلا بالجميعِ وفي شَرْطِ مَنْفَعَةِ الجاعِلِ قولان. ولمنْ لَمْ يَسْمَعْ جُعْلُ مِثْلِهِ إِنِ اعتَادَهُ كَحَلِفِهِمَا بَعْدَ تَخالُفِهِما. وَلِرَبِّه تَرْكُهُ وَإِلاَّ فَالنَّفَقَةُ. وَإِنْ أَفْلَتَ فجاءَ به آخَرُ فَلِكُلٍّ نِسْبَتُهُ.

مسألة: إذا كان الآبق في موضع بعيد ونفقته تستغرق الجعل الذي جعل عليه فليرفع

الجعل ولا النقد فيه (**مشترط**) قال ابن الحاجب: ونقده كالخيار (**في كل ما جاز فيه الإجارة بلا عكس**) من المدونة وكتاب ابن المواز: كلما جاز فيه الجعل جازت فيه الإجارة، وليس كلما جازت فيه الإجارة يجوز فيه الجعل. انظر بسط هذه عند قوله: «جعلاً علم» (**ولو في الكثير إلا كبيع سلع**) سيأتي معنى الكاف عند النص بعد هذا. ابن المواز: يجوز عند مالك وأصحابه الجعل على الشراء فيما قل أو كثر. وقال في المدونة: يجوز الجعل في شراء كثير الثياب بخلاف بيعها (**لا يأخذ شيئاً إلا بالجميع**). ابن يونس: حكى لنا عن بعض القرويين في منع الجعل على بيع كثير السلع معناه أنه لا يأخذ شيئاً إلا أن يبيع الجميع هكذا العرف عندهم. وأما إن كان على أن ما باع فله قدره من الإجارة فذلك جائز. ابن يونس: وعلى أنه إن شاء ترك بقية الثياب وإن لم يسلم الثياب إليه فيجوز. قال: وقوله في الجعل على شراء كثير السلع أنه يجوز لأن كل ما اشترى أخذ بحسابه هكذا العرف عندهم أيضاً. وأما إن كان لا يأخذ شيئاً إلا بشراء الجميع فلا يجوز ذلك، والجعل على الشراء والبيع لا فرق بينهما (**وفي شرط منفعة للجاعل قولان**). ابن رشد: اختلف هل من شرط صحة الجعل أن يكون فيه منفعة للجاعل أم لا على قولين انتهى. ولم ينقل ابن يونس إلا ما نصه: قال عبد الملك: من جعل لرجل جعلاً على أن يرقى إلى موضع من الجبل سماه له أنه لا يجوز، ولا يجوز الجعل إلا فيما ينتفع به الجاعل، يريد لأنه من أكل أموال الناس بالباطل. ومن ابن عات: لا يجوز الجعل على إخراج الجان من الرجل لأنه لا يعرف حقيقته ولا يوقف عليه، ولا ينبغي لأهل الورع الدخول فيه، وكذلك الجعل على حل المربوط والمسحور. انظر الإكمال عند قوله ﷺ: «من استطاع منكم أن ينفع أخاه فليفعل»[1]. وانظر ابن العربي عند تكلمه على (**ولمن يسمع جعل مثله إن اعتاده**) تقدم أن هذا هو مذهب ابن القاسم خلافاً لمالك وابن الماجشون وأصبغ (**كحلفها بعد تخالفهما**). ابن الحاجب: إن تنازعا في قدر الجعل تحالفا ووجب جعل المثل. ابن عرفة: تبع في هذا ابن شاس والأظهر تخريج المسألة على قولها في القراض، والقول قول العامل إن أتى بما يشبه (**ولربه تركه وإلا فالنفقة**) لو قال: «ولمن يسمع جعل مثله إن اعتاده وإلا فالنفقة ولربه تركه» لتنزل على ما يتقرر من المدونة. ومن وجد آبقاً فطلب جعلاً على أخذه فقال مالك: إن لم يكن شأنه يطلب الضوال فلا جعل له وله نفقته. قال ابن عرفة: إلا أن يتركه ربه فلا يلزمه أن يعطي نفقته (**فإن أفلت فجاء به آخر فلكل نسبته**) سمع عيسى ابن القاسم: من جعل جعلاً لرجل على آبق فانقلب به فأفلت فأخذه آخر فأتى به: إن أفلت

---

(١) رواه مسلم في كتاب السلام حديث ٦٠، ٦٢، ٦٣. أحمد في مسنده (٣/٣٠٢، ٣٣٤/ ٣٨٢، ٣٩٣).

وَإِنْ جَاءَ بِهِ ذو دِرْهَم وذو أَقَلَّ اشْتَرَكَا فِيه ولِكليهما الفَسْخُ. وَلَزِمَتِ الجاعِلَ بالشُّروعِ وفي الفاسِدِ جُعْلُ المثلِ إِلا بِجُعْلٍ مطلقاً فَأُجْرَتُهُ.

باب إحياء الموات

مَوَاتُ الأرضِ. مَا سَلِمَ مِنَ الاخْتِصَاص

الجعول له الأمر للقاضي ليبيعه ويحكم بجعله، فإن جاء به فليس له غير الجعل الذي جعل له. انتهى من أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الجعل والإجارة.

باب

ص: (موات الأرض ما سلم عن الاختصاص بعمارة ولو اندرست) ش: هذا باب

بعيداً من مكان سيده فكل الجعل للثاني ولا شيء فيه للأول، وإن أفلت قريباً منه فالجعل بينهما على قدر شخوص كل منهما. ابن رشد: هذا أبين لأن المجعول له الثاني هو المنتفع بعمل الأول إذا أفلت بالقرب بخلاف المجاعلة على حفر الآبار. وانظر قبل قوله: «وإن استحق» **(وإن جاء به ذو درهم وذو أقل اشتركا فيه)** من المدونة قال مالك: من جعل لرجلين في عبد أبق منه جعلين مختلفين لواحد إن أتى به عشرة،وللآخر إن أتى به خمسة، فأتيا جميعاً به فالعشرة بينهما على الثلث والثلثين. ابن يونس: لأن جعل أحدهما مثل جعل الآخر. وقال ابن نافع وابن عبد الحكم: لكل واحد منهما نصف ما جعل له **(ولكليهما الفسخ ولزمت الجاعل بالشروع)** ابن يونس: للجاعل أن يفسخ الجعالة إذا لم يشرع المجعول له في العمل. وأما بعد الشروع فليس له ذلك. وأما العامل فقد قال مالك: له أن يدع الجعالة متى شاء ولا شيء له **(وفي الفاسد جعل المثل إلا أن يجعل مطلقاً فأجرته)** ابن رشد: في رد فاسد الجعل لحكم نفسه فيجب جعل مثله، إن تم عمله وإلا فلا شيء له أو للإجارة فيجب أجر مثله فيما عمل ثالثها للأول في بعض المسائل، وللثاني في بعض كالأقوال الثلاثة في القراض.

كتاب إحياء الموات

ابن شاس: وفيه ثلاثة أبواب: الأول في ملك الأرض بالإحياء وفيه فصلان: ما يملك من الأرضين وكيفية الإحياء. الباب الثاني: في المنافع المشتركة في البقاع كالشوارع والمساجد. الباب الثالث: في الأعيان المستفادة من الأرض كالمعدن والمياه **(موات الأرض ما سلم من الاختصاص)** روى ابن غانم: موات الأرض هي التي لا نبات بها لقوله تعالى ﴿فأحيينا به الأرض بعد موتها﴾ [فاطر: ٩] فلا يصح الإحياء إلا في البور. وقال ابن الحاجب: الموات الأرض المنفكة عن الاختصاص اهـ وانظر جرية الوادي إذا انصرف الوادي عنها إلى ناحية أخرى أو جف الوادي أو انقطع، هل يكون موضع جريته بمنزلة الموات؟ وكيف لو كانت في عدوتي النهر أرض لقوم. انظره في آخر الوثائق

بِعِمَارَة، وَلَوِ انْدَرَسَتْ. إِلاَّ لِإِحْيَاءٍ. وَبِحَرِيمِهَا. كَمُحْتَطَب. وَمَرْعىً. يُلْحَقُ غُدُوّاً، وَرَوَاحاً لِبَلَد.

إحياء الموات والموات بفتح الميم ويقال موتان بفتح الميم والواو الأرض التي ليس لها مالك ولا بها ماء ولا عمارة ولا ينتفع بها إلا أن يجري إليها ماء أو تستنبط فيها عين أو يحفر فيها بئر، ويقال لها ميتة، والموات - بضم الميم ويقال الموتان بضم الميم أيضاً - الموت الذريع. وبدأ المؤلف رحمه الله بتعريف الموات إما لأنه السابق في الوجود فلتقدمه طبعاً قدمه وضعاً، وإما لأن حقيقة الموات متحدة والإحياء يكون بأمور كل منها مضاد للموات فاحتاج إلى ذكره أولاً ليذكر أضداده. والتعريف المذكور تبع المصنف فيه ابن الحاجب وهو تبع ابن شاس وهو تبع الغزالي وهو قريب مما قال أهل اللغة في معناه. وقال ابن عرفة: إحياء الموات لقب لتعمير داثر الأرض بما يقتضي عدم انصراف المعمر عن انتفاعه بها. وموات الأرض قال ابن رشد في رسم الدور من سماع يحيى ابن القاسم من كتاب السداد والأنهار: روى ابن غانم: موات الأرض هي التي لا نبات بها لقوله تعالى: ﴿والله أنزل من السماء ماء فأحيا به الأرض بعد موتها﴾ [النحل:٦٥] فلا يصح الإحياء إلا في البوار. ثم قال بعد ذكره كلام ابن الحاجب: فتبع مع ابن شاس الغزالي وتركا رواية ابن غانم وهي أجلى لعدم توقف تصور مدلولها على الاختصاص وموجبه انتهى. وقال في اللباب: حقيقة الإحياء العمارة، والموات ما لم يعمر من الأفنية، وحكمة الجواز وهي سبب في الملك، وحكمة مشروعيته الرفق والحث على العمارة انتهى. ص: **(إلا لإحياء)** ش: قال في التوضيح عن ابن رشد: وإنما يكون الثاني أحق إذا طالت المدة بعد عوده إلى حالته الأولى، وأما إن أحياه الثاني بحدثان عوده إلى الحالة الأولى، فإن كان عن جهل منه بالأول فله قيمة عمارته قائمة للشبهة، وإن كان عن معرفة فليس له إلا قيمة عمارته منقوضة بعد يمين الأول إن تركه إياه لم يكن إسلاماً له وإنه على نية إعادته انتهى.

المجموعة. والذي أفتى به ابن الحاجب في نوازله أنه للذين يلونه من جهته ولا يكون مواتاً. وانظر سماع عيسى من كتاب السداد والأنهار **(بعمارة)** ابن شاس: الاختصاص أنواع الأول العمارة فلا يتملك بلا إحياء المعمور **(ولو اندرست)** الباجي: من اشترى أرضاً لم يرتفع ملكه باندراسها اتفاقاً **(إلا لإحياء)** من المدونة: من أحيا أرضاً ميتة ثم تركها حتى دثرت وطال زمانها وهلكت أشجارها وتهدمت آبارها وعادت كأول مرة ثم أحياها غيره فهي لمحييها آخراً. ابن يونس: قياساً على الصيد إذا أفلت ولحق بالوحش وطال زمانه فهو للثاني. قال مالك: وهذا إذا أحيا في غير أصل كان له، فأما من ملك أرضاً بهبة أو شراء ثم أسلمها فهي له، وليس لأحد أن يحييها، وفي كتاب ابن المواز: من اشترى صيداً ثم ند واستوحش ولحق بالوحش أنه لمن صاده، ولم يفرق بين من اشتراه لمن صاده لما وجد فيه من التوحش **(وبحريمها)** ابن شاس: النوع الثاني من الاختصاص أن يكون حريم عمارة فيختص به صاحب العمارة ولا يملك بالإحياء **(كمحتطب ومرعى يلحق غدواً ورواحاً لبلد)** ابن شاس: حريم البلدة ما كان قريباً منها تلحقه مواشيها في الرعي في غدوها ورواحها وهو لهم مسرح ومحتطب فهو

وَمَا لاَ يُضَيِّقُ عَلَى وَارِد. وَلاَ يَضُرُّ بِمَا لِبِئْرٍ. وَمَا فِيهِ مَصْلَحَةٌ لِنَخْلَةٍ. وَمَطْرَحِ تُرَاب. وَمَصَبُّ مِيزَاب لِدَار. وَلاَ تَخْتَصُّ مَحْفُوفَةٌ بِأَمْلاَك. وَلِكُلّ. الانْتِفَاعُ مَا لَمْ يَضُرَّ بِالآخَرِ. وَبِإِقْطَاعِ الإِمَامِ وَلاَ يُقْطِعُ مَعْمُورَ الْعَنْوَةِ مِلْكاً وَبِحِمًى إِمَام مُحْتَاجاً إِلَيْهِ. قَلَّ مِنْ بَلَد عَفَا. لِكَغَزْو،

تنبيه: وينبغي أن يقيد بأن لا يكون الأول علم بعمارة الثاني وسكت عنه وإلا كان سكوته دليلاً على تسليمه إياه فتأمله والله أعلم. ص: **(وما لا يضيق على وارد ولا يضر بماء بئر)** ش: قال الشارح: وقال ابن نافع: حريم البئر العادية خمسون والتي ابتدىء عملها خمسة وعشرون انتهى. والعادية بالتشديد قال في النهاية لابن الأثير: شجرة عادية أي قديمة كأنها تنسب إلى عاد وهم قوم هود عليه السلام، وكل قديم ينسبونه إلى عاد وإن لم يدركهم انتهى. ففهم من كلامه أن العادية بتشديد الياء. وفي الصحاح: وشيء عادي أي قديم كأنه منسوب إلى عاد. ص: **(ولا يقطع معمور العنوة)** ش: قال في كتاب التجارة لأرض الحرب من التنبيهات: وأرض العنوة بفتح العين التي غلب عليها قهراً انتهى. ص: **(وبحمى إمام محتاج إليه قل من بلد عفا لكغزو)** ش: يعني أن الوجه الرابع من أوجه الاختصاص التي تمنع إحياء

حريمها وليس لأحد إحياؤه. **(وما لا يضيق على وارد ولا يضر بماء بئر)** ابن شاس: أما البئر فليس لها حريم محدود لاختلاف الأرض بالرخاوة والصلابة ولكن حريمها ما لا ضرر معه عليها وهو مقدار ما لا يضر بمائها ولا يضيق مناخ إبلها ولا مرابض مواشيها عند الورود، ولأهل البئر منع من أراد أن يحفر أن يبني بئراً في ذلك الحريم **(وما فيه مصلحة لكنخلة)** سأل ابن غانم مالكاً عن حريم النخلة فقال: قدر ما يرى أن فيه مصلحتها ويترك ما أضر بها ويسأل عن ذلك أهل العلم به، وقد قالوا من اثني عشر ذراعاً من نواحيها كلها إلى عشرة أذرع وذلك حسن، ويسأل عن الكرم أيضاً وعن كل شجرة أهل العلم به فيكون لكل شجرة بقدر مصلحتها **(ومطرح تراب ومصب ميزاب لدار)** ابن شاس: حريم الدار المحفوفة بالموات ما يرتفق به من مطرح تراب أو مصب ميزاب. ابن عرفة: مسائل المذهب تدل على صحة ما قال ابن شاس ولا تختص محفوفة بأملاك ولكل الانتفاع ما لم يضر. ابن شاس: المحفوفة بأملاك لا تختص ولكل الانتفاع بملكه وحريمه **(وبإقطاع)** ابن شاس: النوع الآخر من أنواع الاختصاص إذا أقطع الإمام رجلاً أرضاً كانت ملكاً وإن لم يعمرها ولا عمل فيها شيئاً يبيع ويهب ويتصرف وتورث عنه، وليس هو من الإحياء بسبيل وإنما هو تمليك مجرد. قال ابن القاسم: وسواء كانت في المهامة أو الفيافي أو قريبة من العمران **(ولا بقطع معمور العنوة ملكاً)** سحنون: ما كان في أرض العنوة من موات وشعارى لم يعمل ولا جرى فيها ملك لأحد فهي لمن أحياها. الباجي: لا فرق بين موات أرض العنوة وغيرها هي لمن أحياها. ومن المدونة: لا يجوز شراء أرض مصر ولا تقطع لأحد. قال غير واحد: لأنها فتحت عنوة. ابن رشد: الإقطاع يكون في البراري والمعمور إلا معمور أرض العنوة التي حكمها أن تكون موقوفة. ابن عرفة: يريد إقطاع تمليك، وأما إقطاعها للانتفاع بها مدة فجائز. قاله الطرطوشي وغيره **(وبحمى إمام محتاجاً إليه قل من بلد عفا لكغزو)** ابن شاس:

....

الموات الحمى يحمى للضعفاء من المسلمين لترعاه مواشيهم ويمنع منه الأغنياء، وكذلك يجوز للإمام أن يحمي. والحمى بكسر الحاء المهملة وفتح الميم والقصر هو المكان الذي يمنع رعيه ليتوفر فيه الكلأ فترعاه مواش مخصوصة ويمنع غيرها من رعيه. والكلأ بالهمز من غير مد، هو المرعى رطباً كان أو يابساً. والخلا بالقصر من غير همز النبات الرطب. قال في المشارق: وضبطه السمرقندي والعذري بالمد وهو خطأ. وقال الحافظ ابن حجر: ومن مده فقد أخطأ. والحشيش هو العشب اليابس. وظاهر كلام صاحب القاموس أن الحمى يجوز فيه المد ولم يحك في المشارق فيه إلا القصر وسيأتي لفظه. فالحمى بمعنى المحمي فهو مصدر بمعنى المفعول وهو خلاف المباح وتثنيته حميان. وحكى الكسائي أنه سمع في تثنيته حموان بالواو والصواب الأول لأنه يأتي. وأصل الحمى عند العرب أن الرئيس منهم كان إذا انزل منزلاً مخصباً استعوى كلباً على مكان عال فحيث انتهى صوته حماه من كل جانب فلا يرعى فيه غيره ويرعى هو مع غيره فيما سواه. وأما الحمى الشرعي فهو أن يحمي الإمام موضعاً لا يقع به التضييق على الناس للحاجة العامة إلى ذلك، إما للخيل التي يحمل عليها الناس للغزو أو لماشية الصدقة. قاله الباجي ونقله عنه ابن عرفة، وهو قريب من كلام المصنف الذي ذكره هنا فإنه ذكر للحمى شروطاً أربعة:

الأول أن يكون الحامي هو الإمام، يريد أو نائبه كما سيأتي التنبيه على ذلك وإليه أشار بقوله: «حمى إمام» فليس لآحاد الناس أن يحمي.

والشرط الثاني أن يكون ذلك الحمى محتاجاً إليه أي لمصلحة المسلمين، إما لخيل المجاهدين والإبل التي يحمل عليها للغزو أو لماشية الصدقة. قال الشافعية: ويجوز للإمام أن يحمي للضعفاء من المسلمين لترعاه مواشيهم ويمنع منه الأغنياء، وكذلك يجوز للإمام أن يحمي للمسلمين ويمنع منه أهل الذمة ولا يجوز العكس في المسألتين.

قلت: والظاهر أن هذا جار على مذهبنا كما يؤخذ من حديث الموطأ الآتي. وقوله أدخل رب الصريمة والغنيمة وإلى هذا أشار بقوله: «محتاجاً إليه لكغزو» فقوله: «لكغزو» متعلق بقوله: «محتاجاً إليه» فهو من تتمة الشرط الثاني، وأتي بالكاف في قوله: «لكغزو» ليدخل ماشية الصدقة. وما ذكرناه بعد هذا فلا يجوز للإمام أن يحمي لنفسه لأن ذلك من خصائصه ﷺ أعني أن يحمي لنفسه كما تقدم في الخصائص. قالوا: ولم يقع ذلك منه ﷺ. قال الشيخ زكرياء: ولو وقع لكان في ذلك مصلحة للمسلمين لأن ما كان مصلحة له ﷺ فهو مصلحة لهم وهو كلام صحيح.

الشرط الثالث أن يكون ذلك قليلاً لا يضيق على الناس بل يكون فاضلاً عن منافع أهل ذلك الموضع وإليه أشار بقوله: «قل». وصرح بذلك ابن الحاجب على ما في نسخة المصنف في

التوضيح، ويؤخذ من كلام سحنون الآتي، فلا يجوز أن يكون الحمى كثيراً يضر بالناس ويضيق عليهم.

الشرط الرابع: أن يكون في المواضع التي لا عمارة فيها بغرس ولا بناء وإلى ذلك أشار بقوله: «من بلد عفا» أي ليس لأحد فيه أثر بناء ولا غرس. والمراد بالبلد الأرض وأعاد الضمير عليها مذكراً اعتباراً بلفظ البلد، فلا يجوز أن يكون الحمى في المواضع المعمورة بالبناء والغرس. وأشار المصنف رحمه الله بما ذكره في هذين الشرطين إلى ما قاله سحنون ونقله عنه في النوادر وغيرها. قال في التوضيح: قال سحنون: الأحمية إنما تكون في بلاد الأعراب العفاء التي لا عمارة فيها بغرس ولا بناء، وإنما تكون الأحمية فيها في الأطراف حتى لا تضيق على ساكن، وكذلك الأودية العفاء التي لا مساكن بها إلا ما فضل عن منافع أهلها من المسارح والمرعى انتهى. وجعل الشارح قول المصنف: «قل من بلد عفا» شرطاً واحداً، وجعل قوله: «لكغزو» شرطاً مستقلاً وهو نحو كلام المصنف في التوضيح، والظاهر ما ذكرناه، نعم يمكن أن يكون الشرط الثالث والرابع شرطاً واحداً كما قال الشارح فتكون الشروط ثلاثة.

تنبيهات: الأول: الأصل في الحمى ما رواه البخاري في صحيحه في كتاب الشرب ـ بكسر الشين المعجمة ـ والمراد بالشرب الحكم في قسمة الماء وضبطه الأصيلي بالضم. قال الحافظ ابن حجر: والأول أولى. قال البخاري: حدثنا يحيى بن بكير. قال: حدثنا الليث عن يونس عن ابن شهاب عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة عن ابن عباس رضي الله عنهما أن الصعب بن جثامة رضي الله عنه، قال: إن رسول الله ﷺ قال: «لا حمى إلا لله ولرسوله»[1]. قال: وبلغنا أن رسول الله ﷺ حمى النقيع وأن عمر حمى الشرف والربذة. وأخرج منه أيضاً في كتاب الجهاد في باب أهل الدار يبيتون الموصول منه، عن الصعب بن جثامة أيضاً أعني قوله: «لا حمى إلا لله ولرسوله». وقوله: «وبلغنا أن رسول الله ﷺ حمى النقيع» هكذا وقع لجميع رواة البخاري غير أبي ذر فإنه وقع عنده «قال أبو عبد الله بلغنا فاغتر بذلك بعض الشراح فظن أنه من كلام البخاري وأنه من تعليقاته وليس كذلك، وإنما القائل بلغنا هو ابن شهاب فهو موصول بالإسناد المذكور إليه لكنه مرسل من مراسيل ابن شهاب. وهكذا وقع في رواية لأبي داود فقال عن الصعب بن جثامة أن رسول الله ﷺ حمى وقال: «لا حمى إلا لله ولرسوله» قال ابن شهاب: وبلغني أن رسول الله ﷺ حمى النقيع ثم ذكر أبو داود رواية أخرى بعدها عن الصعب بن جثامة أيضاً أن رسول الله ﷺ حمى النقيع وقال: «لا حمى إلا لله» ولم يقل «ولرسوله» وذكر الروايتين في آخر كتاب الجراح من سننه. واقتصر الحافظ ابن حجر في

(١) رواه البخاري في كتاب الجهاد باب ١٤٦. كتاب المساقاة باب ١١ أحمد في مسنده (٤/٣٨، ٧١، ٧٣).

فتح الباري على ذكر الرواية الأولى من روايتي أبي داود ولم يذكر الثانية، وذكرها في تخريجه لأحاديث الرافعي وعزاها للإمام أحمد وأبي داود والحاكم وقال: إنها مدرجة يعني حمى النقيع، وذكر أن البخاري وهم من أدرجها. وقال أيضاً في تخريجه لأحاديث الرافعي: أغرب عبد الحق في الجمع فجعل قوله: «وبلغنا» من تعليقات البخاري وتبعه على ذلك ابن الرفعة قال: ويكفي في الرد عليهما أن أبا داود صرح بأنه من مراسيل الزهري يعني في الرواية الأولى، ثم ذكر أن الإمام أحمد وابن حبان أخرجا من حديث ابن عمر أن النبي ﷺ حمى النقيع لخيل المسلمين، والصعب ضد السهل وعلى وزنه. وجثامة بجيم مفتوحة وثاء مثلثة مشددة ذكره النووي في أول كتاب الحج من شرح مسلم.

الثاني: اقتصر عبد الحق في الأحكام على عزو الحديث لأبي داود واقتصر على الرواية الثانية من روايتيه وزاد فيها لفظ «ولرسوله» فقال: روى أبو داود عن الصعب بن جثامة أن النبي ﷺ حمى النقيع وقال: «لا حمى إلا لله ولرسوله». وقال علي بن عبد العزيز في المنتخب: حمى النقيع لخيل المسلمين ترعى فيه، ثم ذكر حديثين آخرين ثم قال: وأصح هذه الأحاديث حديث الصعب بن جثامة وهو الذي يعوّل عليه. انتهى. تبعه على ذلك ابن عبد السلام والمصنف في التوضيح وابن عرفة. وقد علمت أن الحديث في صحيح البخاري. وأخرج النسائي في سننه في كتاب الحمى وفي كتاب السير من حديث مالك عن ابن شهاب الموصول منه أعني قوله: «لا حمى إلا لله ولرسوله» وعزا جماعة من الشافعية حديث أنه ﷺ حمى النقيع لابن حبان، وقد علمت أنه في صحيح البخاري فعزوه له أولى وإن كان مرسلاً لأن مراسيل البخاري كلها صحيحة ولا سيما وقد اعتضد بحديث ابن عمر المذكور والله أعلم.

الثالث: وقع للحاكم أن البخاري ومسلماً اتفقا على إخراج حديث «لا حمى إلا لله ولرسوله» وتبعه على ذلك أبو الفتح القشيري في الإلمام وابن الرفعة في المطلب. قال الحافظ ابن حجر في تخريجه لأحاديث الرافعي: وقد وهم الحاكم في ذلك فإن الحديث من أفراد البخاري.

الرابع: اقتصر ابن الأثير في جامع الأصول على عزو الحديث للبخاري وأبي داود ولم يذكر النسائي وقد علمت أنه رواه في موضعين من سننه.

الخامس: قال في النهاية في معنى الحديث أعني قوله ﷺ: «لا حمى إلا لله ولرسوله» إنه ﷺ نهى عما كانت تفعله الجاهلية، وأضاف الحمى لله ولرسوله أي إلا ما يحمى للخيل التي ترصد للجهاد والإبل التي يحمل عليها في سبيل الله انتهى. وقال ابن عبد السلام في شرح ابن الحاجب لما ذكر الحديث: تأوله الجمهور على معنى أنه لا ينبغي أن يحمى إلا كما حماه رسول الله ﷺ لخيل المجاهدين وشبه ذلك مثل ما فعله الخلفاء بعده حمو الإبل الغزاة

انتهى. وقال الجلال السيوطي في حاشية البخاري: قوله: «لا حمى إلا لله ولرسوله» قال الشافعي: يحتمل معنيين: أحدهما لا حمى إلا ما حماه ﷺ. والثاني لا حمى إلا مثل ما حماه. فعلى الأول ليس لأحد من الولاة أن يحمي بعده، وعلى الثاني يختص بمن قام مقامه فهو الخليفة دون سائر نوابه انتهى. ومقتضى كلامه أنه يتفق على أنه ليس لنواب الإمام أن يحموا. وقال في فتح الباري: والأرجح عند الشافعية أن الحمى يختص بالخليفة، ومنهم من ألحق به ولاة الأقاليم، ومحل الجواز أن لا يضر بكافة المسلمين انتهى. والذي اقتصر عليه صاحب الإرشاد من الشافعية أن الحمى لا يختص بالإمام بل لولاته أن يحموا. وقال ابن أبي شريف في شرحه: إنه الأصح، والذي رأيته في كلام كثير من أصحابنا المالكية أنه يجوز للإمام أن يحمي بالشروط التي تقدم ذكرها، ولم يتكلموا على نوابه، ولكن مقتضى كلام أهل المذهب أن ذلك بحسب عموم الولاية وخصوصها، فإذا عم الإمام الولاية على بلد لأمير جاز له أن يحمي، وأحرى إذا فوض إليه النظر في أمر الحمى والله أعلم.

السادس: قال ابن عرفة بعد أن ذكر كلام عبد الحق المتقدم: لفظ النقيع وجدته في نسخة صحيحة من الباجي ومن أحكام عبد الحق بالنون قبل القاف. وذكره البكري بالباء قبل القاف، وكذا وجدته في نسخة صحيحة من النوادر وهو مقتضى قول اللغويين. قال الجوهري في حرف الباء: والبقيع موضع فيه أروم الشجر من ضروب شتى وبه سمي بقيع الغرقد وهو مقبرة المدينة، ونحوه في مختصر العين، ومثله لابن سيده وزاد: والغرقد شجر له شوك كان ينبت هناك فذهب وبقي الاسم لازماً للموضع. ولم يذكر أحد منهم النقيع بالنون قبل القاف أنه اسم موضع مع كثرة ما جلب فيه ابن سيده في المحكم. وقال الباجي في آخر الموطأ في ترجمة ما يتقى من دعوة المظلوم وفيه ذكر الحمى فقال الباجي: وهذا الحمى هو النقيع بالنون ولم يتكلم عياض في مشارقة على هذه الكلمة لعدم وقوعها في الموطأ والصحيحين انتهى.

قلت: وكأنه رحمه الله لم يقف على ما ذكره القاضي عياض في المشارق في آخر حرف الباء الموحدة لما ذكر أسماء المواضع ونصه: بقيع الغرقد الذي فيه مقبرة المدينة بباء بغير خلاف. وسمي بذلك لشجرات غرقد هو العوسج كانت فيه، وكذلك بقيع بطحان جاء في الحديث وهو بالباء أيضاً. قال الخليل: البقيع كل موضع من الأرض فيه شجر شتى، وأما الحمى الذي حماه النبي ﷺ ثم عمر بعده وهو الذي يضاف إليه في الحديث «غرز النقيع» وفي الآخر «بقدح لبن من النقيع». وحمى النقيع وهو على عشرين فرسخاً من المدينة وهو صدر وادي العقيق وهو أخصب موضع هنالك، وهو ميل في بريد وفيه شجر ويستجم حتى يغيب فيه الراكب. فاختلف الرواة وأهل المعرفة في ضبطه فوقع عند أكثر رواة البخاري بالنون وكذا قيده النسفي وأبو ذر والقابسي وسمعناه في مسلم من أبي بحر بالباء، وكذا روى عن ابن

....

ماهان وسمعناه من القاضي الشهيد وغيره بالنون. وبالنون ذكره الهروي والخطابي وغير واحد. قال الخطابي: وقد صحفه أصحاب الحديث فيروونه بالباء، وإنما الذي بالباء بقيع المدينة موضع قبورها. وأما أبو عبيد الله البكري فقال: إنما هو بالباء مثل بقيع الغرقد قال: ومتى ذكر البقيع بالباء دون إضافة فهو هذا. ووقع فيه في كتاب الأصيلي في موضع بالنون والباء وهو تصحيف قبيح. والأشهر في هذا النون والقاف.

والنقيع بالنون كل موضع يستنقع الماء فيه وبه سمي هذا انتهى. وقوله: «بقيع بطحان» هو بضم الموحدة وسكون الطاء المهملة بعدها حاء مهملة. قال في المشارق: هكذا يرويه المحققون وكذا سمعناه من المشايخ وهو الذي يحكي أهل اللغة فيه فتح الموحدة وكسر الطاء، وكذا قيده اللقاني في البارع وأبو حاتم والبكري في المعجم. وقال البكري: لا يجوز غيره وهو واد في المدينة انتهى. وقوله: «غرز النقيع» بفتح الغين المعجمة والراء وبعدها زاي. قال في المشارق: هكذا ضبطناه على أبي الحسن. وحكى فيه صاحب العين السكون قال: وواحده غرزة مثل تمرة وتمر، وبالوجهين وجدته في أصل الجياني في كتاب الخطابي. قال أبو حنيفة: هو نبات ذو أغصان رقاق حديد الأطراف يسمى الأسل وتسمى به الرماح وتشبه به، وقال صاحب العين: هو نوع من الثمار اهـ. ومقتضى كلام ابن عباس أنه لم يقف على كلام صاحب المشارق أيضاً فإنه قال بعد أن ذكر كلام عبد الحق: هكذا رأيت في نسخة من الأحكام منسوبة إلى الصحة بالنون والقاف. وذكره البكري بالباء والقاف قال: وهو صدر وادي العقيق وقال: وهو منتدى للناس ومتصيد. وروي أن النبي ﷺ صلى الصبح في المسجد بأعلى عسيب وهو جبل بأعلى قاع العقيق، ثم أمر رجلاً صيتاً فصاع بأعلى صوته فكان مدى صوته بريداً وهو أربعة فراسخ، فجعل ذلك حمى طوله وعرضه ميل وفي بعضه أقل من ميل انتهى. وقوله: «منتدى» بمعنى النادي وهو المجلس الذي يتحدث فيه، وذكر المصنف في التوضيح بعض كلام المشارق ولكن كلامه يقتضي أن أبا عبيد غير البكري، وكلام القاضي عياض في المشارق يقتضي أن أبا عبيد هو البكري، وكذا رأيته في كلام غير واحد من العلماء منهم ابن حجر في مقدمة فتح الباري إلا أنه ذكر عن البكري أنه حكى فيه وجهين، والذي حكاه القاضي في المشارق عن البكري إنما هو وجه واحد كما تقدم.

قال النووي في تهذيب الأسماء واللغات: النقيع بفتح النون وكسر القاف هو صدر وادي العقيق على نحو عشرين ميلاً من المدينة. وقال الشافعي في مختصر المزني: وهو بلد ليس بالواسع الذي يضيق على من حوله إذا حمي ويعني بالبلد الأرض. قال صاحب مطالع الأنوار: مساحته ميل في بريد وذكر ما تقدم عن المشارق إلا أن قوله: «على عشرين ميلاً من المدينة» خلاف ما قال في المشارق، والذي حكاه الحافظ ابن حجر وغيره أنه على عشرين فرسخاً كما قال في المشارق. وذكر في النوادر عن كتاب ابن سحنون أن ابن وهب روى عن مالك أن قدر النقيع ميل

....

في ثمانية أميال. قال: ثم زاد فيه الولاة بعد. وهكذا ذكر الحافظ ابن حجر في فتح الباري عن موطأ ابن وهب أنه ميل في ثمانية أميال، وهو خلاف ما ذكره هو في مقدمة فتح الباري وما ذكره في المشارق وما حكاه النووي في تهذيب الأسماء واللغات من أنه ميل في بريد فإن البريد اثنا عشر ميلاً.

السابع: تقدم في صحيح البخاري أن عمر رضي الله عنه حمى الشرف والربذة. قال في فتح الباري: وهو من بلاغ الزهري. والشرف بفتح المعجمة والراء بعدها فاء في المشهور. وذكر عياض أنه عند البخاري بفتح المهملة وكسر الراء. قال وفي الموطأ ابن وهب بفتح المعجمة والراء قال: وكذا رواه بعض رواة البخاري أو أصلحه وهو الصواب. وأما سرف فهو موضع بقرب مكة ولا يدخله الألف واللام انتهى. وقال في مقدمته: قال أبو عبيد البكري: هو ماء لبني باهلة أو لبني كلاب انتهى. وقال الزركشي: هو من عمل المدينة، وأما سرف فمن عمل على ستة أميال وقيل سبعة، وقيل تسعة، وقيل اثنا عشر انتهى. وأما الربذة فهي بفتح الراء وفتح الموحدة وبعدها ذال معجمة قال في فتح الباري: موضع معروف بين مكة والمدينة انتهى. وقال الزركشي في كتاب العلم من حاشية البخاري: موضع على ثلاث مراحل من المدينة انتهى. وقال ابن عبد السلام المالكي: قال البكري: الربذة هي التي جعلها عمر حمى لإبل الصدقة وكان حماه الذي حماه بريداً في بريد. قال: ثم تزيدت الولاة في الحمى أضعافاً ثم أبيحت إلا حمية في أيام المهدي فلم يحمها أحد. وحمى عمر رضي الله عنه صرفة وزاد فيه عثمان انتهى. وقال في النوادر: وحمى أبو بكر رضي الله عنه الربذة لما يحمل عليه في سبيل الله نحو خمسة أميال في مثلها، وحمى ذلك عمر لإبل الصدقة التي يحمل عليها في سبيل الله وحمى أيضاً الشرف انتهى.

الثامن: ذكر الرافعي في الشرح الكبير الحديث السابق بلفظ: «إنه ﷺ حمى النقيع لإبل الصدقة ونعم الجزية» قال الحافظ ابن حجر في تخريج أحاديثه بعد أن ذكر روايات الحديث: تبين بهذا أن قوله: «لإبل الصدقة ونعم الجزية» مدرج ليس في أصل الخبر انتهى والله أعلم.

التاسع: قال المصنف في التوضيح: انظر ما في الحديث من قوله: «حمى النقيع» كما ذكر المصنف يعني ابن الحاجب وذكره الجوهري رباعياً فقال: أحميت المكان جعلته حمى انتهى.

قلت: ليس في كلامه ما يقتضي أنه لا يستعمل منه إلا الرباعي، ونصه حميته أي دفعت عنه وهذا شيء حمى على فعل أي محظور لا يقرب، وأحميت المكان جعلته حمى انتهى. وقال في القاموس: حمى الشيء يحميه حمياً وحماية بالكسر ومحمية منعه وكلأحمى كرضا محمى. ثم قال: وأحمى المكان جعله حمى لا يقرب انتهى. وقال في المشارق: الحمى بكسر الحاء مقصور الممنوع من الرعي. تقول حميت الحمى فإذا امتنع منه قلت أحميته، ومنه قولهم: «حميت الماء القوم» أي منعتهم انتهى. فعلم من كلامه في المشارق أنه يقال حميته

....

بالفعل الثلاثي وأنه لا يقال أحميته بالرباعي إلا بعد امتناع الناس منه والله أعلم.

العاشر: قوله: «لا حمى» بلا تنوين وفي بعض الروايات بالتنوين. قال الكرماني: فتكون حينئذ «لا» بمعنى «ليس» أي فتكون للاستغراق على الأول بخلاف الثاني.

الحادي عشر: قال الشافعية: وينبغي للوالي إذا حمى أن يجعل للحمى حافظاً يمنع أهل القوة من الرعي فيه ويأذن للضعيف والعاجز، فإن دخله أحد من أهل القوة ورعى منع ولا غرم عليه ولا تعزير انتهى.

قلت: وهو ظاهر وكلام أهل المذهب يقتضيه فقد قال ابن عبد السلام والمصنف في التوضيح: وقد صح أن عمر رضي الله عنه قال لهُنَيٍّ حين ولاه على الحمى: ادخل رب الصريمة والغنيمة وإياي ونعم ابن عوف وابن عفان اهـ. إلا أن قولهم: «لا تعزير عليه» فيه نظر والظاهر أن من بلغه النهي وتعدى بعد ذلك ورعي في الحمى فللإمام أن يعزره بالزجر أو التهديد، فإن تكررت المخالفة فيعزره بالضرب. وقولهم «لا غرم عليه» ظاهر لا شك فيه والله أعلم. وما ذكره ابن عبد السلام عن عمر رضي الله عنه هو ما رواه مالك رضي الله عنه في آخر جامع الموطأ في باب ما يتقى من دعوة المظلوم عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه استعمل مولى له يدعى هُنَيًّا على الحمى فقال: يا هني اضمم جناحك عن الناس واتق دعوة المظلوم فإن دعوة المظلوم مجابة، وأدخل رب الصريمة والغنيمة وإياي ونعم ابن عوف وابن عفان فإنهما إن تهلك مواشيهما يرجعان إلى المدينة إلى زرع ونخيل، وإن رب الصريمة والغنيمة إن تهلك ماشيته يأتي ببينة فيقول يا أمير المؤمنين يا أمير المؤمنين أفتاركهم أنا لا أبا لك فالماء والكلأ أيسر علي من الذهب والورق. وأيم الله إنهم لا يرون أني قد ظلمتهم، إنها لبلادهم ومياههم قاتلوا في الجاهلية وأسلموا عليه في الإسلام. والذي نفسي بيده لولا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شبراً انتهى.

الثاني عشر: هذا الحديث رواه البخاري في كتاب الجهاد عن إسماعيل يعني ابن أبي أويس عن مالك. وقال الحافظ ابن حجر في فتح الباري: وهذا الحديث ليس في الموطأ. قال الدارقطني في غرائب مالك: هو حديث غريب صحيح انتهى.

قلت: وهذا من الأمر العجيب فإن الحديث موجود في جميع نسخ الموطأ وشروحه والله أعلم.

الثالث عشر: قوله: «مولى له يدعى هُنَيًّا» هو بضم الهاء وفتح النون وتشديد الياء. قال النووي في تهذيب الأسماء واللغات: هكذا ضبطه ابن ماكولا وغيره من أهل الإتقان وكذا ضبطناه في صحيح البخاري والمهذب وغيرهما. قال: ورأيت بخط من لا تحقيق له أنه يقال أيضاً بالهمز وهذا خطأ ظاهر نبهت عليه لئلا يغتر به. روى هُنَيٌّ عن أبي بكر وعمر ومعاوية

....

وعمرو بن العاص رضي الله عنهم انتهى. وقال في فتح الباري: قوله: «يدعى هنياً» بالنون مصغراً من غير همز وقد يهمز. وهذا المولى لم أر من ذكره في الصحابة مع إدراكه. وقوله: «على الحمى» قال في فتح الباري: بين ابن سعد أنه كان على حمى الربذة. وقوله: «اضمم جناحك عن الناس» أي اكفف يدك عن ظلمهم في المال والبدن والجناح اليد قال الله تعالى: ﴿واضمم إليك جناحك﴾ [القصص: ٣٢] وفي رواية البخاري: «اضمم جناحك عن المسلمين». قال في فتح الباري: وفي رواية معن عن مالك عن الدارقطني في الغرائب «اضمم جناحك للناس». وعلى هذا استرهم بجناحك وهو كناية عن الرحمة والشفقة. وقوله في هذه الرواية: «اضمم جناحك للناس» لعله على الناس فإني رأيته كذلك. وقال ابن عرفة: قال أبو عمر: قوله: «اضمم جناحك» يقول لا تستطل على أحد لمكانك مني. وقوله: «واتق دعوة المظلوم» كناية لطيفة عن النهي عن الظلم وهكذا رأيته في نسخ البخاري. وذكره في فتح الباري بلفظ «واتق دعوة المسلمين» ثم قال: وفي رواية الإسماعيلي والدارقطني وأبي نعيم «دعوة المظلوم». وقوله: «فإن دعوة المظلوم مجابة» هكذا في نسخ الموطأ. ولفظ البخاري: «فإن دعوة المظلوم مستجابة». وقوله: «وأدخل رب الصريمة والغنيمة» أدخل بهمزة قطع مفتوحة وكسر الخاء المعجمة ومتعلق الإدخال محذوف والمراد المرعى. والصُريمة بضم الصاد المهملة مصغر الصرمة بكسر الصاد وهي القطعة من الإبل نحو الثلاثين. قاله في الصحاح. وقال الأسنوي في المهمات في كتاب إحياء الموات: ما بين العشرة إلى الثلاثين من الإبل خاصة. وقال في القاموس: ما بين العشرة إلى الثلاثين أو إلى الخمسين أو الأربعين أو ما بين العشرة إلى الأربعين أو ما بين عشرة إلى بضع عشرة والغنيمة على وزن الصريمة مصغر أيضاً هي ما بين الأربعين إلى المائتين. قاله الأسنوي أيضاً. وقوله: «وإياي ونعم ابن عوف وابن عفان» فيه تحذير المتكلم نفسه وهو شاذ لا يقاس عليه عند جمهور النحويين. قال الأسنوي: وقد وقع للرافعي وغيره بالكاف، والوارد في رواية الشافعي وغيره إنما هو بالياء. وابن عوف هو عبد الرحمن، وابن عفان هو عثمان رضي الله عنهما، وخصهما بالذكر على طريق المثال لكثرة نعمهما لأنهما من مياسير الصحابة. قال في فتح الباري: ولم يرد منعهما ألبتة وأنه أراد أنه إذا لم يسع المرعى إلا نعم أحد الفريقين فنعم المقلين أولى، فنهاه عن إيثارهما على غيرهما أو تقديمهما قبل غيرهما وقد بين حكمة ذلك انتهى.

قلت: ظاهر الخبر أنه أراد منع نعمهما ليتوفر المرعى لإبل الصدقة فتأمله. وقوله: «يأتني ببنيه» كذا في أكثر نسخ الموطأ «يأتني» بحذف الياء للجزم في جواب الشرط وهو الراجح، وفي بعض النسخ «يأتيني» بإثبات الياء وهو ضعيف. وقوله: «ببنيته» كذا في نسخ الموطأ بالنون قبل المثناة تحت جمع ابن وهي رواية الكشميهني في البخاري. ووقع عند أكثر رواة البخاري «ببيته» بالتاء التحتية ثم الفوقية بلفظ البيت والمعنى متقارب. وقوله: «فيقول يا أمير المؤمنين»

مقول القول محذوف لدلالة السياق عليه ولأنه لا يتعين في لفظ مخصوص نحو يا أمير المؤمنين أنا فقير أنا محتاج إلى كذا. وقوله: «أفتاركهم أنا» استفهام إنكاري أي لا أتركهم محتاجين. وقوله: «لا أبا لك» بفتح الموحدة من غير تنوين ثم اختلف فيه؛ فعند سيبويه والجمهور أنه مضاف واللازم زائدة مؤكدة لمعنى الإضافة وهي معتد بها من حيث إن اسم لا لا يضاف لمعرفة فاللام لصورة الإضافة، وغير معتد بها من حيث إن ما قبلها منصوب بالألف واللام وإنما ينصب بها إذا كان مضافاً، ويشكل عليهم لا أبالي بالألف واللام فإنه لا ينصب بالألف إذا أضيف للياء. وقال ابن الحاجب وابن مالك: إنه شبيه بالمضاف، ويشكل على قولهما حذف التنوين. وسمع من قولهم: «لا أباك» بدون لام وهو مشكل. وظاهر كلامهم أنه لم يسمع «لا أبا لك» ولو سمع لأمكن توجيهه بأنه شبيه بالمضاف. والخبر على هذه الأوجه محذوف. وسمع من كلامهم «لا أبا لك» بالبناء على الفتح وهو القياس. وقوله: «لك» هو الخبر على هذا الوجه، ولو قال: «لا أب لك» بالرفع والتنوين صح، وهذا اللفظ ظاهره الدعاء عليه. قال في فتح الباري: وهو على المجاز لا على الحقيقة. وقوله: «إنهم ليرون» قال في فتح الباري: بضم التحتية أوله بمعنى الظن، وبفتحها بمعنى الاعتقاد قوله: «إني قد ظلمتهم».

فرع: قال ابن حجر: قال ابن التين: يريد أرباب المواشي الكثيرة، والذي يظهر لي أنه أراد أرباب المواشي القليلة لأنهم الأكثر وهم أهل تلك البلاد من نواحي المدينة، ويدل على ذلك قوله: «إنها لبلادهم». وقد أخرج ابن سعد في الطبقات أن عمر رضي الله عنه أتاه رجل من أهل البادية فقال: يا أمير المؤمنين. بلادنا قاتلنا عليها في الجاهلية وأسلمنا عليها في الإسلام ثم تحمي علينا، فجعل عمر ينفخ ويفتل شاربه. وأخرج الدارقطني في غرائب مالك نحوه وزاد: فلما رأى الرجل ذلك ألح عليه فلما أكثر عليه قال رضي الله عنه: المال مال الله والعباد عباد الله والأرض أرض الله ما أنا بفاعل انتهى.

قلت: والظاهر أن الضمير في «يرون» يعود إلى أصحاب المواشي الممنوعين، سواء كانت مواشيهم كثيرة أو قليلة. ثم قال في فتح الباري: وقال ابن المنير: لم يدخل ابن عفان ولا ابن عوف في قوله: «قاتلوا عليها في الجاهلية» فالكلام عائد على عموم أهل المدينة لا عليها انتهى. قال الشيخ ابن أبي زيد في النوادر: وقال عمر رضي الله عنه لرجل من العرب عاتبه في الحمى: بلاد الله حميت لمال الله انتهى. وقوله: «لولا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله» قال في فتح الباري: أي من الإبل التي كان يحمل عليها من لا يجد مركباً. وجاء عن مالك أن عدة ما كان في الحمى في عهد عمر بلغ أربعين ألفاً من إبل وخيل بينها انتهى. وقال الأسنوي: قوله: «لولا المال الذي أحمل عليه» أي الخيل التي أعددتها لأحمل عليها من لا مركوب له. قال مالك رضي الله عنه: وكانت عدتها أربعين ألفاً انتهى. وهو مخالف لما ذكره في فتح الباري.

وَٱفْتَقَرَ لإِذْنٍ، وَإِنْ مُسْلِماً، إِنْ قَرُبَ،

الرابع عشر: قال ابن عرفة: قال أبو عمر: فيه ما كان عليه عمر من التقى وأنه لا يخاف في الله لومة لائم لأنه لم يداهن عثمان ولا عبد الرحمن، وآثر المساكين والضعفاء، وبين وجه ذلك، وامتثل قوله ﷺ: «لا حمى إلا لله ولرسوله» يعني إبل الصدقة اهـ. قال ابن عرفة لما ذكر عن الباجي أنه يحمي لماشية الصدقة قلت: يقوم منه طول تأخير صرف الزكاة إذا كان لتأخير مصرفها انتهى.

الخامس عشر: قال الشافعية: إن ما حماه الرسول ﷺ لا ينقض فلا ينقض حمى النقيع، وأما ما حماه غيره من الولاة فيجوز نقضه لمصلحة، وسواء كان الناقض هو الذي حماه أو غيره.

قلت: هذا ظاهر إن ثبت أنه ﷺ لما حمى النقيع أمر أن يجعل ذلك حمى للمسلمين دائما، وأما إذا حماه في سنة من السنين ولم يفهم أن ذلك حكم مستمر فالظاهر أنه لا يلزم استمراره ولو ثبت ذلك لاستمر عمل الخلفاء بعده على حمى ذلك الموضع، وقد تقدم أن الصديق رضي الله عنه حمى الربذة وكذلك عمر رضي الله عنه فتأمله والله أعلم. **ص: (وإن مسلماً إن قرب) ش:** ظاهره أن الذمي يحمي في القريب بإذن الإمام وهذا ليس بمنصوص للمتقدمين. قال ابن عبد السلام: لكن ركن إليه الباجي. وفي المسألة قول ثان لابن القصار. قال: للإمام أن يأذن لأهل الذمة في الموات. قال في التوضيح: ولم يفرق بين قريب ولا بعيد. وفيها قول ثالث قال ابن عبد السلام: وهو المنصوص للمتقدمين. ابن عرفة: وهو المشهور أن حكمهم في البعيد حكم المسلمين، والقريب ليس لهم أن يحموه ولو أذن الإمام، والقريب هو حريم العمارة مما يلحقونه غدواً ورواحاً. قاله في التوضيح. وقاله في الجواهر ونصه: وأما البعيد فلا يفتقر إلى إذن الإمام فيه وهو ما كان خارجاً عما يحتاجه أهل العمران من محتطب ومرعى مما العادة أن الرعاء يصلون إليه ثم يعودون إلى منازلهم فيبيتون بها ويحتطب المحتطب ثم يعود إلى منزله انتهى. وقال ابن رشد في رسم الدور من سماع يحيى في كتاب السداد والأنهار: وحد البعيد من العمران الذي يكون لمن أحياه دون إذن الإمام ما لم ينته إليه مسرح العمران واحتطاب المحتطبين إذا رجعوا إلى المبيت في مواضعهم من العمران انتهى.

تنبيه: يعترض على المؤلف بما اعترض به على ابن الحاجب، لأن المؤلف قد قدم أن القرب من وجوه الاختصاص فلا يكون القريب مواتاً. إذ الموات ما انفك عن الاختصاص فلا يتصور في القريب إحياء، لأن الإحياء إنما يكون في الموات. والظاهر أن مراد المؤلف أن حريم

النوع الآخر من أنواع الاختصاص الحمى. الباجي: هو أن يحمي موضعاً لا يقع فيه التضييق على الناس للحاجة العامة لذلك لماشية الصدقة والخيل التي يحمل عليها. ابن عرفة: يقوم من هذا طول تأخير صرف الزكاة لمصلحة **(وافتقر لإذن وإن مسلماً إن قرب)** ابن رشد: المشهور في القرب الذي

....

العمارة مانع من الإحياء بغير إذن الإمام ثم ينظر فيه أي في حريم العمارة، فإن كان فيه ضرر فلا يجوز إحياؤه ولا يبحه الإمام، وما لم يكن فيه ضرر فإنه يجوز إحياؤه بإذن الإمام، ويكون الموات على ثلاثة أقسام كما قال ابن رشد في رسم الدور من سماع يحيى من كتاب السداد والأنهار ونصه: الموات الذي يستحقه الناس بالإحياء لقول النبي ﷺ «من أحيا أرضاً ميتة فهي له»[1] هي الأرض التي لا نبات فيها. قال ذلك مالك رحمه الله في رواية ابن غانم عنه بدليل قوله تعالى ﴿والله أنزل من السماء ماء فأحيا به الأرض بعد موتها﴾ [النحل: ٦٥] فلا يصح الإحياء إلا في البوار. ثم قال: وحكم إحياء الموات يختلف باختلاف مواضعه وهي على ثلاثة أوجه: بعيد من العمران، وقريب منه لا ضرر على أحد في إحيائه، وقريب منه في إحيائه ضرر على من يختص بالانتفاع به. فأما البعيد من العمران فلا يحتاج في إحيائه إلى استئذان الإمام إلا على طريق الاستحباب على ما حكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون. وأما القريب منه الذي لا ضرر في إحيائه على أحد فلا يجوز إحياؤه إلا بإذن الإمام على المشهور في المذهب. وقيل: إن استئذان الإمام في ذلك مستحب وليس بواجب. واختلف إن وقع بإذنه على القول بأنه لا يجوز إلا بإذنه؛ قيل يمضي مراعاة للخلاف وهو قول المغيرة وأصبغ وأشهب، وقيل إنه يخرج منه ويكون له قيمة بنيانه منقوضاً وهو القياس، ولو قيل إنه يكون له قيمته قائماً للشبهة في ذلك لكان له وجه. وأما القريب منه الذي في إحيائه ضرر كالأفنية التي يكون أخذ شيء منها ضرراً بالطريق وشبه ذلك، فلا يجوز إحياؤه بحال ولا يبيحه الإمام انتهى. وقد تقدم عنه. وقال في الرسم الذي قبله ما نصه على ما اختصره ابن عرفة قال ابن حبيب: الشعارى المجاورة للقرى والمتوسطة بينها لا يقطع الإمام منها شيئاً لأنها ليست كالعفاء من الأرض التي لعامة المسلمين، إنما هي حق من حقوقهم كالساحة للدور، وإنما العفاء ما بعد. وتعقب الفضل قوله فقال: وأين يقطع الإمام إلا فيما قرب من العمران وهو لا يلزم لأنه إنما أراد الشعارى القريبة من القرى جداً لأن إقطاعها ضرر بهم في قطع مرافقهم منها التي كانوا يختصون بها لقربهم على ما سنذكره في رسم الدور انتهى. والذي في رسم الدور وهو ما تقدم. والشعارى هي الشجر المختلط أو الأرض ذات الشجر، كذا فسرها أهل اللغة. فعلى هذا إنما يمتنع من إحياء القريب الذي في إحيائه ضرر، وأما ما لا ضرر في إحيائه فلا يمنع من ذلك ولو كان قريباً إلا أنه لا يجوز إحياؤه إلا بإذن الإمام على المشهور والله أعلم.

---

(١) رواه البخاري في كتاب الحرث باب ١٥. أبو داود في كتاب الإجارة باب ٣٧. الترمذي في كتاب الأحكام باب ٣٨. الموطأ في كتاب الأقضية حديث ٢٦، ٢٧. الدارمي في كتاب البيوع باب ٦٥. أحمد في مسنده (٣/٣٠٢، ٣٠٤، ٣٢٧، ٣٣٨، ٣٥٦، ٣٦٣، ٣٨١).

وَإِلاَّ فَلِلإِمَامِ إِمْضَاؤُهُ، أَوْ جَعْلُهُ مُتَعَدِّياً، بِخِلاَفِ الْبَعِيدِ، وَلَوْ ذِمِّيًّا بِغَيْرِ جَزِيرَةِ الْعَرَبِ، وَالإِحْيَاءُ بِتَفْجِيرِ مَاءٍ وَبِإِخْرَاجِهِ، وَبِبِنَاءٍ، وَبِغَرْسٍ، وَبِحَرْثٍ، وَتَحْرِيكِ أَرْضٍ، وَبِقَطْعِ شَجَرٍ، وَبِكَسْرِ حَجَرِهَا

فرع: قال في المدخل: لا يجوز لأحد البناء على شاطيء النهر للسكنى ولا لغيرها إلا القناطر المحتاج إليها انتهى. **ص: (وافتقر لإذن) ش:** أي وافتقر إحياء الموات لإذن الإمام.

فرع: قال ابن رشد في كتاب السداد والأنهار في شرح المسألة الثالثة من سماع أشهب: وليس للعامل أن يقطع شيئاً من الموات إلا بإذن الإمام انتهى. **ص: (أو جعله متعدياً) ش:** قال ابن عبد السلام: فإذا فرعنا على القول الأول وهو المشهور من أن القريب الذي لا ضرر فيه يفتقر إلى إذن الإمام فإذا أحياه أحد من غير استئذان تعقب الإمام ما فعله هذا، فإن رأى إمضاءه أمضاه، وإن لم ير ذلك أخذه منه وأعطاه قيمة ما صنعه منقوضاً إن رده لبيت المال، وإن شاء كلفه بهدمه، وإن شاء أقطعه لغيره فكان لذلك الذي أقطعه إياه الإمام أن يأمر هذا بما كان الإمام يأمره به، وهذا هو الذي أجمله المؤلف يعني ابن الحاجب بقوله «أو جعله متعدياً». انتهى كلام ابن عبد السلام. ومثله يقال على كلام المؤلف. وقال في التوضيح: المشهور ما قاله المؤلف يعني ابن الحاجب وهو قول مالك وابن القاسم أن للإمام إمضاءه أو جعله متعدياً فيعطى قيمة بنائه مقلوعاً. ورأى اللخمي أنه يعطى قيمته قائماً للشبهة. اللخمي: قال مطرف وابن الماجشون: الإمام مخير بين أربعة أوجه: إن رأى أن يقره له أو للمسلمين أو يعطيه قيمته منقوضاً أو يأمره بقلعه أو يقطعه لغيره ويكون للأول قيمته منقوضاً. ابن رشد: وهو القياس. وقال في موضع آخر: وهو معنى ما في المدونة انتهى. وظاهر كلام التوضيح أن كلام مطرف وابن الماجشون خلاف المشهور، والظاهر أنه تفسير لقول مالك كما قال ابن عبد السلام وكما يظهر من قول ابن رشد والله أعلم.

لا ضرر في إحيائه على أحد لا يجوز إلا بإذن الإمام. انظر حكم الذمي عند قوله: «ولو ذمياً» **(وإلا فللإمام إمضاؤه أو جعله متعدياً)** الباجي: إذا قلنا لا يحيى ما قرب من العمران إلا بإذن الإمام فأحياه بغير إذنه فقال مالك ومطرف وابن الماجشون: ينظر فيه الإمام، فإن رأى إنفاذه فعل وإلا أزاله وأعطاه غيره أو باعه للمسلمين، وقاله ابن القاسم ورواه عن مالك **(بخلاف البعيد)** ابن عرفة: الإحياء في بعيد الموات في افتقاره لإذن الإمام طريقان. اللخمي وابن رشد: لا يفتقر **(ولو ذمياً بغير جزيرة العرب)** الباجي: إن أحيا ذمي فقال ابن القاسم: هي له إلا أن يكون ذلك في جزيرة العرب وإنما يحيى الذمي ذلك فيما بعد، وأما ما قرب من العمران فيخرج عنه ويعطى قيمة ما عمر لأن ما قرب بمنزلة الفيء ولا حق للذمي في الفيء، وكذلك في جزيرة العرب مكة والمدينة والحجاز كله والنجود واليمن. قاله مطرف وابن الماجشون وفيه نظر. ولو قيل إن حكمهم في ذلك حكم المسلمين لم يبعدكما كان لهم ذلك فيما بعد. راجع المنتقى **(والإحياء بتفجير ماء وبإخراجه وبناء وبغرس وبحرث وتحريك أرض وبقطع شجر وبكسر حجرها وتسويتها)** الباجي: أما صفة الإحياء فقال

وَتَسْوِيَتِهَا، لاَ بِتَحْوِيطٍ وَرَعْيِ كَلإٍ، وَحَفْرِ بِئْرِ مَاشِيَةٍ، وَجَازَ بِمَسْجِدٍ سُكْنَى لِرَجُلٍ تَجَرَّدَ لِلْعِبَادَةِ، وَعَقْدُ نِكَاحٍ، وَقَضَاءُ دَيْنٍ، وَقَتْلُ عَقْرَبٍ، وَنَوْمٌ بِقَائِلَةٍ، وَتَضْيِيفٌ بِمَسْجِدِ بَادِيَةٍ،

تنبيه: لا ينبغي أن يفهم من قول المصنف وابن الحاجب «أو جعله متعدياً» إنه يرجع عليه بالغلة بل ظاهر نصوصهم أنه لا يرجع عليه بالغلة بل تقدم في كلام التوضيح أن اللخمي رأى أن تكون له قيمة البناء قائماً للشبهة، ونقل ابن عرفة عن ابن رشد أنه قال: له قيمته منقوضاً قال: ولو قيل قائماً للشبهة لكان له وجه انتهى. ص: **(وقضاء دين) ش:** يعني أنه يجوز قضاء الدين في المسجد لأنه معروف بخلاف البيع والصرف. قال الطرطوشي في كتاب البدع: أراد بالقضاء المعتاد الذي فيه يسير العمل وقليل العين، وأما لو كان قضاء بمال جسيم يحتاج المؤنة والوزن والانتقاد ويكثر فيه العمل فإنه مكروه.

فرع: قال في أواخر كتاب الجامع من الذخيرة: قال مالك: وينهى السؤال عن السؤال في المسجد والصدقة في المسجد غير محرمة انتهى. وقال ابن ناجي في شرح قول الرسالة: ويكره العمل في المساجد إلى آخره، ينبغي أن تنزه المساجد عن البيع والشراء. واستخف في البيان قضاء الدين وكتب الحق فيه ما لم يطل وإنشاد الضالة وعمل الصناعة والسؤال. قال ابن عبد الحكم في النوادر: من سأل فلا يعطى وأمر بحرمانهم وردهم خائبين. قال التادلي: كان

مالك: إحياء الأرض أن يحفر فيها بئراً أو يجري عيناً أو يغرس شجراً أو يبني أو يحرث ما فعل من ذلك فهو إحياء. وقاله ابن القاسم وأشهب. عياض: اتفق على سبعة: تفجير الماء وإخراجه عن غامر هابه والبناء والغرس والحرث ومثله تحريك الأرض بالحفر وقطع شجرها وسابعها كسر حجرها وتسوية حفرها وتعديل أرضها **(لا بتحويط)** قال ابن القاسم: ليس التحجير إحياء. قال أشهب: فمن حجر أرضاً مواتاً بعيدة فلا يكون أولى بها حتى يعلم أنه حجرها ليعمل فيها إلى أيام يسيرة لا يمكنه العمل ليبس الأرض وإخلاء الأجراء ونحوه، فأما من حجر ما لا يقوى عليه فله منه ما عمر **(ورعي كلإ)** قال ابن القاسم وأشهب: لا يكون الرعي إحياء. الباجي: وجهه أنه ليس له أثر باقٍ في الأرض. **(وحفر بئر ماشية)** الباجي: ليس حفر بئر الماشية إحياء. قاله ابن القاسم **(وجاز بمسجد سكنى لرجل تجرد للعبادة)** ابن شاس: لا ينبغي أن يتخذ المسجد مسكناً إلا رجل تجرد للعبادة فيه بقيام الليل وإحيائه فلا بأس أن يكون ذلك منه فيه دائماً دهره إن قوي على ذلك **(وعقد نكاح)** تقدم في الاعتكاف للمعتكف أن ينكح بمجلسه **(وقضاء دين)** سمع ابن القاسم خفة كتب ذكر الحق بالمسجد ما لم يطل وجواز قضاء الحق على غير وجه التجر والصرف **(وقتل عقرب)** سمع ابن القاسم كراهة قتل القملة أو دفنها في المسجد. ابن رشد: وقتل البرغوث أخف عنده. اللخمي: البرغوث من دواب الأرض لا بأس بطرحه به وتقتل بالمسجد العقرب والفارة **(ونوم بقائلة)** ابن شاس: خفف في القائلة النوم في المسجد نهاراً للمقيم والمسافر **(وتضييف بمسجد بادية)** سمع ابن القاسم: يجوز تعليق الأقتاب بكل مسجد لضيافة من أتى يريد الإسلام، قال ابن القاسم: ولم ير مالك بأساً

وَإِنَاءٌ لِبَوْلٍ: إِنْ خَافَ سَبُعاً: كَمَنْزِلٍ تَحْتَهُ، وَمُنِعَ عَكْسُهُ:

الشيخ أبو عبد الله محمد بن عمران يغلظ عليهم في النهي وربما أمر بإخراجهم إلى السجن. وكان بعض الشيوخ على العكس منه فيرفق بهم ويسأل عن أحوالهم ويتصدق عليهم. فالأول تصرف بالشرع، والثاني بعين الحقيقة انتهى. وقال في الإكمال: لما تكلم على قوله ﷺ «إنما بنيت المساجد لما بنيت له»[1] قال بعض شيوخنا: إنما يمنع في المساجد من عمل الصناعات ما يختص بمنفعة آحاد الناس مما يتكسب به فلا يتخذ المسجد متجراً، فأما إن كانت لما يشمل المسلمين في دينهم مثل المثاقفة وإصلاح آلات الجهاد مما لا مهنة في عمله للمسجد فلا بأس به انتهى.

فرع: قال في الذخيرة: ويجعل الماء العذب في المساجد وكان في مسجد رسول الله ﷺ انتهى. ص: **(وإناء لبول إن خاف سبعاً)** ش: قال ابن العربي: وكذلك الغريب إذا لم يجد أين يدخل دابته فإنه يدخلها في المسجد إذا خاف عليها من اللصوص انتهى. ص: **(ومنع عكسه)** ش: تقدم الكلام على هذه المسألة في باب الإجارة عند قول المصنف «وسكنى فوقه» بما فيه كفاية.

فرع: قال ابن رشد في رسم نذر سنة من سماع ابن القاسم من كتاب الجامع: لا خلاف أن لظاهر المسجد من الحرمة ما للمسجد ولا يورث المسجد ولا البنيان الذي فوقه

بأكل الرطب التي تجعل في المساجد. ابن رشد: في هذا ما يدل على أن الغرباء الذين لا يجدون مأوى يجوز لهم أن يأووا إلى المساجد ويبيتوا فيها ويأكلوا فيها ما أشبه التمر من الطعام الجاف، وقد خفف مالك أيضاً للضيفان المبيت والأكل في مساجد القرى بمعنى أن الباني لها للصلاة فيها يعلم أن الضيفان يبيتون فيها لضرورتهم إلى ذلك فصار كأنه قد بناها لذلك وإن كان أصل بنائه لها إنما هو للصلاة فيها لا لما سوى ذلك من مبيت الضيفان، وكذلك يجوز لمن لم يكن له منزل أن يبيت في المسجد **(وإناء لبول إن خاف سبعاً)** ابن عرفة: فتوى ابن رشد بسعة إدخال من لا غنى له عن مبيته بالمسجد من سدنتها لحراستها ومن اضطر للمبيت بها من شيخ ضعيف وزمن ومريض ورجل لا يستطيع الخروج ليلاً للمطر والريح والظلمة ظروفاً بها للبول نظر، لأن ما يحرس بها اتخاذه بها غير واجب وصونها عن ظروف البول واجب، ولا يدخل في نفل بمعصية. روى الخطابي جواز دخول الجنب المسجد عابراً وأجازه ابن مسلمة فألزمه اللخمي الحائض. عياض: بينهما فرق للدم. ابن عرفة: لعل ابن مسلمة يجيزه مستوراً دمه بعضه. ذكر اللخمي عن أحد نقلي ما ليس في المختصر **(كمنزل تحته ومنع عكسه)** من المدونة قال مالك: من بنى مسجداً وبنى فوقها بيتاً فلا يعجبني ذلك لأنه يصير مسكناً يجامع فيه ويأكل. قال مالك: وجائز أن يكون البيت تحت المسجد ويورث البنيان التي تحت

---

(١) رواه ابن ماجة في كتاب المساجد باب ١١. مسلم في كتاب المساجد حديث ٧٩- ٨١. أحمد في مسنده (٣٤٩/٣، ٤٢٠).

كَإِخْرَاجِ رِيحٍ، وَمُكْثٍ بِنَجِسٍ،

ويورث البنيان الذي تحته، وإنما اختلف في صلاة الجمعة عليه هل تكره ابتداء وتصح إن فعلت أو لا تصح ويعيد أبداً والله أعلم. ص: (كإخراج ريح) ش: عده المصنف في المحرمات. وقال ابن العربي في عارضته في باب تطييب المساجد في شرح قول عائشة أمر عليه الصلاة والسلام ببناء المساجد وأن تنظف وتطيب: ونظافتها أن لا تبقى فيها قمامة من الخرق والقذى والعيدان، وليس من ذلك الحدث يكون فيه من ريح أو صوت، ولا يناقض تنظيفه تعليق قنو فيه من ثمر يأكله المساكين، ولا أكل ما فيه إذا وضع لقاطة أو سقاطة ما يأكل في حجره أو كمه انتهى. وقال في باب المشي إلى المسجد وانتظار الصلاة فيه في شرح قوله ﷺ: «لا تزال الملائكة تصلي على أحدكم ما دام في المسجد اللهم اغفر له اللهم ارحمه ما لم يحدث»[1] قال رجل من حضرموت لأبي هريرة: ما الحدث؟ قال: فساء أو ضراط. فيه دليل على جواز إرسالهما في المسجد كما يرسله في بيته إذا احتاج إلى ذلك وأن المسجد إنما ينزه عن نجاسة عينية انتهى. ص: (ومكث بنجس) ش: هذا الذي صدر به ابن شعبان. قال في التوضيح: قال في مختصر ما ليس في المختصر: ويجب على من رأى في ثوبه دماً كثيراً في الصلاة أن يخرج من المسجد ولا يخلعه فيه. قال: وقد قيل يخلعه ويتركه بين يديه ويغطي الدم انتهى. وقال القلشاني في شرح الرسالة: من رأى بثوبه كثير دم فقال ابن شعبان: يخرج من المسجد ولو كان في صلاة. وقال غيره: ينزعه ويتركه بين يديه ساتراً نجاسته ببعضه. وقال القلشاني: قلت: وعليهما الخلاف في إدخال النعل الذي لحقته نجاسة في محفظة أو ملفوفة في خرقة كثيفة انتهى. وقال الأقفهسي: قال الجزولي: ودخول المسجد بالثوب النجس مكروه، وكذلك نعليه إذا كان فيهما نجاسة فلا يدخلهما المسجد حتى يحكهما ولا يغسلهما فإن ذلك يفسدهما انتهى. فما ذكره من الكراهة مخالف لما مشى عليه المصنف، وأما ما ذكره فظاهر ولا ينبغي أن يكون خلافاً والله

المسجد ولا يورث المسجد إذا كان صاحبه قد أباحه للناس (كإخراج ريح) ابن رشد: لا يجوز بالمسجد إحداث الريح (ومكث بنجس) ابن عرفة: في خروج من رأى بثوبه كثير دم ساتر نجاسته ببعضه نقلاً اللخمي عن ابن شعبان وغيره. ابن القاسم: لا بأس بوضوء طاهر بصحن المسجد. ابن رشد: قول سحنون لا يجوز أحسن لما يسقط من غسالة الأعضاء، وقد كره مالك الوضوء بالمسجد وإن جعله في طست. عياض: قرأ لقمان بن يوسف على أصحاب سحنون وكان حافظاً لمذهب مالك مفتياً ثقة صالحاً غسل رجليه في يوم مطر بجامع تونس فأنكر إنسان عليه فقال لقمان: عطاء بن أبي رباح يتوضأ في المسجد الحرام وهذا يمنعني أن أغسل رجلي في جامع تونس. وروى الشيخ: يكره السواك في المسجد. وقال في المدونة: ولا يأخذ المعتكف بالمسجد من شعره وأظفاره وإن جمعه

---

(١) رواه البخاري في كتاب الصلاة باب ٨٧. كتاب البيوع باب ٤٩.

وَكُرِهَ أَنْ يَبْصُقَ بِأَرْضِهِ وَحَكُّهُ، وَتَعْلِيمُ صَبِيٍّ، وَبَيْعٌ وَشِرَاءٌ، وَسَلُّ سَيْفٍ،

أعلم. ص: (وبيع) ش: أي يكره البيع في المسجد. وفي جامع الذخيرة: وجوز مالك أن يساوم رجلاً ثوباً عليه أو سلعة تقدمت رؤيتها انتهى. وقال الجزولي في شرح الرسالة: ولا يجوز البيع في المسجد ولا الشراء، واختلف إذا رأى سلعة خارج المسجد هل يجوز أن يعقد البيع في المسجد أم لا قولان من غير سمسار، وأما البيع بالسمسار فيه فممنوع باتفاق. فإن وقع البيع في المسجد فقال ابن بطال: الإجماع على أنه لا يفسخ وأنه ماض. انتهى. من باب السلام والاستئذان، وانظره في الاعتكاف، وقال الشيخ يوسف بن عمر: وإن حضرت السلعة والسوام

وألقاه (وكره أن يبصق بأرضه ويحكه) من المدوّنة قال مالك: لا يبصق أحد بحصير المسجد أو في الصلاة ويدلك برجله، ولا بأس أن يبصق تحت الحصير، قال ابن القاسم: وكذلك إن كان المسجد غير محصب فلا يبصق تحت قدمه ويحكه برجله المنزلة الحصير. قال مالك: وإن كان المسجد محصباً فلا بأس أن يبصق بين يديه وعن يساره وتحت قدمه ويدفنه، ويكره أن يبصق أمامه في حائط القبلة. قال: وإن كان عن يمينه رجل وعن يساره رجل في الصلاة بصق أمامه ودفنه، وإن كان لا يقدر على دفنه فلا يبصق في المسجد بحال كان مع الناس أو وحده لقوله ﷺ «إذا صلى أحدكم فلا يبصق في القبلة بين يديه ولا عن يمينه ولكن عن شماله، فإن لم يجد فليبصق في ثوبه» وقال ﷺ: «إن أحدكم إذا قام يصلي فإنما يناجي ربه وإن ربه بينه وبين قبلته فليبصق إذا بصق عن يساره أو تحت قدمه»[1] أبو عمر: في هذا الحديث دليل على أن للمصلي أن يبصق وهو في الصلاة إذا لم يبصق قبل وجهه ولا عن يمينه (وتعليم صبي) ابن عرفة: أما تعليم الصبيان في المسجد فروى ابن القاسم: إن بلغ الصبي مبلغ الأدب فلا بأس أن يؤتى به المسجد، وإن كان صغيراً لا يقر فيه ويعبث فلا أحب ذلك. وروى سحنون: لا يجوز تعليمهم فيه لأنهم لا يتحفظون من النجاسة (وبيع وشراء) أبو عمر: قال ﷺ: «إذا رأيتم الرجل يبيع ويشتري في المسجد فقولوا لا أربح الله تجارتك، وإذا رأيتم الرجل ينشد ضالة في المسجد فقولوا لا ردها الله عليك»[2] وقال ابن القاسم عن مالك: لا بأس أن يقضي الرجل الرجل في المسجد ذهباً. الباجي: لعله يريد قضاء اليسير. وفي المبسوط قال مالك: لا أحب لأحد أن يظهر سلعته بالمسجد للبيع، فأما أن يساوم رجلاً بثوب عليه أو سلعة تقدمت رؤيته لها فيراجيه البيع فيها فلا بأس به. قال مالك: وينهي المساكين عن السؤال في المسجد. قال ابن عبد الحكم: وإذا سألوا فلا يعطوا شيئاً (وسل سيف) ابن رشد: ولا تسل بالمسجد سيوف. روى ابن حبيب: لا تمر بالمسجد بلحم ولا تنفذ فيه النبل ولا تمنع فيه القائلة ابن حبيب: يريد تنفيذ النبل إذا ردتها على الظفر فيعلم

---

(١) رواه البخاري في كتاب الصلاة باب ٣٤- ٣٦، ٣٨. مسلم في كتاب الزهد حديث ٧٤. النسائي في كتاب المساجد باب ٣٢. الدارمي في كتاب الصلاة باب ١١٦. أحمد في مسنده (٣/٦، ٢٤، ٥٨، ٦٥، ٨٨، ٩٣، ٢٠٠، ٣٢٤، ٣٣٧، ٣٩٦) (٥/٣٠٠، ٣٠٥، ٣١٠).

(٢) رواه الترمذي في كتاب البيوع باب ٧٦. الدارمي في كتاب الصلاة باب ١١٨.

وَإِنْشَادُ ضَالَّةٍ، وَهَتْفٌ بِمَيِّتٍ، وَرَفْعُ صَوْتٍ. كَرَفْعِهِ بِعِلْمٍ، وَوَقِيدُ نَارٍ، وَدُخُولُ كَخَيْلٍ لِنَقْلٍ،

فذلك حرام. انتهى أوله بالمعنى. ص: (وإنشاد ضالة) ش: قال الطرطوشي في كتاب البدع: ولو لم يرفع بذلك صوته ولكن يسأل عن ذلك جلساءه غير رافع صوته فلا بأس بذلك لأنه من جنس المحادثة وذلك غير ممنوع انتهى. يريد غير مكروه كما يفهم من كلامه.

فرع: قال القرطبي في شرح مسلم في قوله إن عمر مر بحسان ينشد الشعر في المسجد فلحظ إليه قال ـ أي أومأ ـ إليه بعينه أن اسكت. وهذا يدل على أن عمر كان يكره إنشاد الشعر في المسجد، وكان قد بنى رحبة في خارج المسجد وقال: ومن أراد أن يلغط أو ينشد شعراً فليخرج إلى هذه الرحبة. وقد اختلف في ذلك فمن مانع مطلقاً ومن مجيز مطلقاً والأولى التفصيل؛ فما كان يقتضي الثناء على الله تعالى أو على رسوله أو الذب عنهما كما كان شعر حسان أو يتضمن الحث على الخير فهو حسن في المساجد وغيرها، وما لم يكن كذلك لم يجز لأن الشعر لا يخلو في الغالب عن الكذب والفواحش والتزيين بالباطل، ولو سلم من ذلك فأقل ما فيه اللغو والهذر والمساجد منزهة عن ذلك لقوله تعالى ﴿في بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه﴾ [النور: ٣٦] ولقوله عليه السلام «إن هذه المساجد لا يصلح فيها شيء من كلام الناس إنما هي للذكر والصلاة وقراءة القرآن» انتهى.

فرع: قال الطرطوشي في الكتاب المذكور: ولم أر لمالك شيئاً في كتابة المصاحف في المساجد. قال: وأما الرجل المتقي الذي يصون المسجد ويكتب المصاحف فظاهره الجواز انتهى.

فرع: وأما الوضوء في المسجد فقال الفاكهاني في شرح الرسالة في قوله «ويكره العمل في المساجد من خياطة ونحوها». حكى الباجي في الوضوء في صحن المسجد قولين والقولان في الواضحة أيضاً. قال ابن بشير: رأيت بعض أشياخي توضأ في المسجد وأظنه بلغ المضمضة

مستقيمها من معوجها. ابن حبيب: وإنا لنكره الفوارة التي اتخذت في مسجدنا بقرطبة كراهة شديدة (وإنشاد ضالة وهتف بميت) انظر في الجنائز عند قوله «ونداء به بمسجد» (ورفع صوت) قال ابن مسلمة: رفع الصوت ممنوع في المساجد إلا ما لا بد منه كالجهر بالقراءة في الصلاة والخطبة والخصومة تكون من الجماعة عند السلطان فلا بأس به، ولا بد له من مثل هذا، وهذا إنما يكون في القراءة على وجه كالإمام يجهر بالقراءة أو التنفل بالليل وحده، وأما جهر بعضهم على بعض بالقراءة فممنوع (كرفعه بعلم) قال ابن القاسم: رأيت مالكاً يعيب على أصحابه رفع أصواتهم في المسجد ابن حبيب: يكره رفع الصوت بالمسجد والهتف بالجنائز به وكل ما يرفع فيه الصوت حتى بالعلم، فقد كنت أرى بالمدينة رسول أميرها يقف بابن الماجشون في مجلسه إذا استعلى كلامه وكلام أهل المجلس في العلم فيقول: أبا مروان اخفض من صوتك وأمر جلساءك يخفضون أصواتهم (ووقيد نار) ابن وهب: لا توقد نار بمسجد (ودخول كخيل لنقل) ابن عرفة: روى الشيخ: أكره إدخال المسجد الخيل والبغال لنقل ما يحتاج إلى مصالحه ولينقل على الإبل والبقر. وفي سماع أشهب أن مالكاً وسع في دخول

وَفَرْشٌ أَوْ مُتَّكَأٌ،

والاستنشاق أو كلاماً هذا معناه انتهى. وقال في آخر سماع موسى من كتاب الطهارة: سئل ابن القاسم في الذي يتوضأ في صحن المسجد وضوءاً طاهراً فقال: لا بأس بذلك وتركه أحب إليّ. وسأل عنها سحنون فقال: لا يجوز. قال ابن رشد: لا وجه للتخفيف في ذلك. وقول سحنون «لا يجوز» أحسن لقوله تعالى ﴿في بيوت أذن الله أن ترفع﴾ [النور: ٣٦] فواجب أن ترفع وتنزه عن أن يتوضأ فيها لما يسقط فيها من غسل الأعضاء من أوساخ ولتمضمضه فيه أيضاً، وقد يحتاج إلى الصلاة في ذلك الموضع فيتأذى المصلي بالماء المهراق فيه، وقد رُوي أن رسول الله ﷺ قال «اجعلوا مطاهركم على أبواب مساجدكم».[1] ولقد كره مالك أن يتوضأ رجل في المسجد وأن يسقط وضوؤه في طست، وذكر أن هشاماً فعله فأنكر الناس ذلك عليه، ونقله ابن عرفة في كتاب الصلاة. وقال ابن ناجي في شرح الرسالة في هذا المحل: قال الباجي: واختلف أصحابنا في الوضوء فأجازه ابن القاسم في صحنه في رواية موسى بن معاوية، وكرهه سحنون لما في ذلك من مج الريق في المسجد. قال الباجي: ورحاب المسجد كالمسجد في التنزيه انتهى. قال في المدخل في الكلام على الإمام والبدع المحدثة في المسجد لما تكلم على الخلاوي المبنية على سطح المسجد: وقد منع علماؤنا الوضوء في المسجد ومن كان ساكناً في سطوحه فإنه يتوضأ فيه وذلك ممنوع كما لو توضأ داخل المسجد لأن حرمة سطحه كحرمته، واختلف في الخطيب إذا أحدث أثناء خطبته أو بعد فراغه هل يجوز له أن يتوضأ في المسجد؟ فروى ابن القاسم أنه لا بأس أن يتوضأ في المسجد في صحنه وضوءاً طاهراً، وكرهه مالك وإن كان في طست. ومن يتوضأ في سطحه أو في البيوت التي فيه إنما يتوضأ في داخل المسجد وذلك ممنوع انتهى. وظاهره أنه حرام لا يجوز وأن الخلاف إنما هو في الخطيب فانظره مع ما تقدّم. قال الزركشي من الشافعية في أحكام المساجد الثامن: قال ابن المنذر: أباح كل من يحفظ عنه العلم الوضوء في المسجد أن لا يتوضأ في مكان يتأذى الناس به فإنه مكروه. ويشترط أن لا يحصل تمخط بالاستنشاق ولا بصاق بالمضمضة ونحو ذلك من التنخم وإلا فينتهي إلى التحريم. وحكى المازري عن بعضهم الجواز مع ذلك لأن البصاق إذا خالطه الماء صار في حكم المستهلك فكان كما تقدّم، وهو يقتضي أنه مع بقاء العين يحرم ولا شك فيه. قال: وينبغي أن يبلع الماء الذي يتضمض به للخلاص من ذلك وتحصل به سنة المضمضة. ثم

النصارى المسجد ليبنوا به قال: وليدخلوا من الجهة التي تلي عملهم **(وفرش أو متكأ)** روى ابن حبيب عن مالك: لا بأس أن يتوقى برد الأرض والحصب بالحصر والمصليات في المساجد، وكره أن يجلس فيها على فراش أو يتكىء على وساد. الباجي: يريد لأن ذلك ينافي التواضع المشروع في

---

(١) رواه ابن ماجة في كتاب المساجد باب ٥. بلفظ: «..واتخذوا على أبوابها المطاهر».

وَلِذِي مَأْجَلٍ، وَبِئْرٍ، وَمِرْسَالِ مَطَرٍ. كَمَاءٍ يَمْلِكُهُ مَنْعُهُ وَبَيْعُهُ، إلاَّ مَنْ خِيفَ عَلَيْهِ وَلاَ ثَمَنَ مَعَهُ، وَالأَرْجَحُ بِالثَّمَنِ، كَفَضْلِ بِئْرِ زَرْعٍ خِيفَ عَلَى زَرْعِ جَارِهِ بِهَدْمِ بِئْرِهِ، وَأَخَذَ يُصْلِحُ، وَأُجْبِرَ عَلَيْهِ: كَفَضْلِ بِئْرِ مَاشِيَةٍ بِصَحْرَاءَ هَدْراً إِنْ لَمْ يُبَيِّنِ الْمِلْكِيَّةَ،

قال: وحكى عن مالك كراهته تنزيهاً للمسجد. انظر بقية كلامه. ص: **(ولذي مأجل وبئر)** ش: نبه بقوله «مأجل وبئر» على أنه لا فرق بين ما ينقص بالاغتراف ولا يخلفه غيره كالماجل أو يخلفه غيره كالبئر. ص: **(بهدم بئر)** ش: هو متعلق بقوله «خيف» فيفهم منه أنه زرع على ماء وأنه لو زرع على غير أصل لم يجب على جاره دفع فضل مائه له وهو كذلك. قال في

المساجد **(ولذي مأجل وبئر ومرسال مطر كماء يملكه منعه وبيعه إلا من خيف عليه ولا ثمن معه)** ابن رشد: ما كان من الماء بأرض متملكة وسواء كانت مستنبطة مثل بئر يحفرها أو عين يستخرجها أو مواجل يتخذها أو غير مستنبطة مثل عين في أرضه لم يستخرجها أو غدير و ما أشبه ذلك، هو أحق به ويحل له بيعه ومنع الناس منه إلا بثمن إلا أن يرد عليه قوم لا ثمن معهم ويخاف عليهم الهلاك إن منعهم، ويحق عليه أن لا يمنعهم، فإن منعهم كان عليهم مجاهدته، هذا قوله في المدونة. لأنه لم يحمل نهيه عليه السلام عن منع نفع البئر على عمومه، بل تأوله على ما تقدم لأنه يستحب له أن لا يمنع الشرب من العين أو الغدير يكون في أرضه من أحد من الناس من غير حكم يحكم به عليه، وله في واجب الحكم أن يمنع ماءه إذا شاء ويبيحه إذا شاء. ابن عرفة: والماء في آنية لربه يختص به ويتعلق به حكم المؤاساة **(والأرجح بالثمن كفضل بئر زرع خيف على زرع جاره بهدم بئره)** من المدونة: إذا حرث جارك على غير أصل ماء فلك منعه أن يسقي أرضه بفضل ماء بئرك الذي في أرضه إلا بثمن إن شئت، وأما إن حرث ولأرضه بئر فانهارت فخاف على زرعه فإنه يقضي له عليك بفضل ماء بئرك بغير ثمن، وإن لم يكن في مائه فضل فلا شيء له. ورُوي عن مالك أنه يرجع عليه بالثمن. ابن يونس: واجب على كل من خاف على مسلم الموت أن يحييه بما قدر عليه، فيجب على أصحاب الماء بيعه من المسافر بما يسوي ولا يشتطوا عليهم في ثمنه، ولم ير في المدونة أن يأخذوه بغير ثمن، وقال في الذي انهارت بئره أنه يسقى بماء جاره بغير ثمن، وإحياء نفسه أعظم من إحياء زرعه، والأولى في كلا الأمرين أن يأخذ ذلك بالثمن كما لو مات جمله في الصحراء لكان على بقية الرفقة أن يكروا منه، وإن كان المسافرون لا ثمن معهم وجب مواساتهم للخوف عليهم ولا يتبعوا بالثمن وإن كان لهم أموال ببلدهم لأنهم اليوم أبناء سبيل يجوز لهم أخذ الزكاة لوجوب مواساتهم **(وأخذ يصلح)** عبد الوهاب: إن ترك التشاغل بإصلاح بئره اتكالاً على بئر جاره لم يلزم جاره بذل الماء له لأنه كمن زرع ابتداء على غير ماء **(وأجبر عليه)** تقدم نص ابن رشد: إن منعهم كان عليهم مجاهدته، وتقدم نص المدونة فإنه يقضي عليك بفضل ماء بئرك **(كفضل بئر ماشية)** من المدونة قال ابن القاسم: من حفر في غير ملكه بئراً لماشية أو شبهها فلا يمنع فضلها من أحد، وإن منعها حل قتاله وغرم دية من منعه ومات عطشاً **(بصحراء هدراً إن لم يبين الملكية)** سمع القرينان: لا تباع مياه

وَبُدِيءَ بِمُسَافِرٍ وَلَهُ عَارِيَةُ آلَةٍ، ثُمَّ حَاضِرٍ؛ ثُمَّ دَابَّةِ رَبِّهَا بِجَمِيعِ الرِّيِّ، وَإِلاَّ بِنَفْسِ الْمَجْهُودِ وَإِنْ سَالَ مَطَرٌ بِمُبَاحٍ سُقِيَ الْأَعْلَىٰ، إِنْ تَقَدَّمَ لِلْكَعْبِ،

المدونة في كتاب حريم الآبار: ولو حرث جار لك على غير أصل ماء له فلك منعه أن يسقي بفضل ماء بئرك التي في أرضك إلا بثمن إن شئت. أبو الحسن: قالوا: هذا إذا كان له ثمن. ابن يونس: أما إذا كان لا ثمن له ولا ينتفع صاحبه بفضله فما الذي يمنع الجار أن يبتدىء الزرع عليه وذكره أبو إسحاق انتهى. وقال ابن رشد في شرح آخر مسألة من نوازل عيسى من كتاب السداد والأنهار: من حق من قرب من المياه أن ينتفع بما فضل منها دون ثمن إن لم يجد له صاحبه ثمناً باتفاق، وإن وجد فعلى اختلاف انتهى. ص: **(وإن سال مطر بمباح سقي الأعلى)** ش: تصوره ظاهر. وسئلت عن أرض كانت تشرب بالسيل من قديم الزمان بغير

المواشي ولا تمنع من أحد ولا يصلح فيها إعطاء. ابن رشد: مياه المواشي هي الآبار والمواجل والجباب يصنعها الرجل في البراري للماشية هو أحق بما يحتاج لماشيته ويدع الفضل للناس، والبئر والماجل والجبب عند مالك سواء، فلو أشهد عند حفرها أنه يحفرها لنفسه لم يمنع من بيع مائها واستخفها مالك بالإحياء. **(وبدىء بمسافر)** ابن رشد: وجه التبدئة بالشرب في ماء بئر الماشية إذا كان الماء يقوم بالجميع أن يبدأ أولاً أهل الماء فيأخذوا لأنفسهم حتى يرووا، ثم دواب المارة حتى يرووا، ثم دواب المارة حتى يرووا، ثم مواشي أهل الماء حتى يرووا، ثم الفضل لسائر مواشي الناس **(وله عارية آلة)**. ابن عرفة: لابن السبيل عارية الدلو والرشا والحوض وإن لم تكن أداة تعينه، ويخلى بينه وبين الركية فيسقي. ابن عبد السلام: ظاهر إطلاقات أهل المذهب وجوب عارية هذه الآلة للمليء والفقير، ولعل هذا لأن مالكها لم يتخذها لكراء. ابن عرفة: مقتضاه لو اتخذها مالكها للكراء لم تجب عليه عاريتها للمسافر ومقتضى الروايات خلافه **(ثم حاضر ثم دابة ربها بجميع الري)** تقدم نص ابن رشد بهذا **(وإلا فنفس المجهود)** ابن رشد: وإن لم يكن الماء يقوم الجميع وتبدئة أحدهم تجهد الآخرين بدىء بمن الجهد عليه أكثر من تبدئة صاحبه. فإن استووا في الجهد فقيل يتساوون، وقيل يبدأ أهل الماء بأنفسهم ودوابهم. راجع المقدمات **(وإن سال مطر بمباح سقي الأعلى إن تقدم للكعب)** روى مالك أن رسول الله ﷺ قال في سيل مهروز ومذينيب: يمسك الأعلى إلى الكعبين ثم يرسل الأعلى على الأسفل. أبو عمر: هما واديان بالمدينة يسيلان بالمطر يتنافس أهل المدينة في سيلهما. ابن رشد: وهذا الحكم في كل ماء غير متملك يجري على قوم إلى قوم دونهم أن من دخل الماء أرضه أولاً فهو أحق بالسقي به حتى يبلغ الماء في أرضه إلى الكعبين، واختلف إذا بلغ الماء إلى الكعبين، هل يرسل جميع الماء إلى الأسفل أو لا يرسل عليه إلا ما زاد على الكعبين؟

فقال مطرف وابن الماجشون وابن وهب: يرسل على الأسفل ما زاد على الكعبين، وقال ابن القاسم: بل يرسل جميع الماء ولا يحبس منه شيء والأول أظهر. وقال الباجي: ما لا يملك كالسيول والأمطار إن كان طريقه في أرض لا تملك كشعاب الجبال وبطون الأودية مثل مهروز ومذينيب يأتي حتى يحاذي مجرى الماء في جانبيه أو أحدهما مزارع وحدائق يسقون بها،

وَأُمِرَ بِالتَّسْوِيَةِ، وَإِلاَّ: فَكَحَائِطَيْنِ، وَقُسِمَ لِلْمُتَقَابِلَيْنِ. كَالنِّيلِ، وَإِنْ مُلِكَ أَوَّلاً قُسِمَ بِقِلْدٍ، أَوْ غَيْرِهِ، وَأُقْرِعَ لِلتَّشَاحِّ فِي السَّبْقِ، وَلاَ يُمْنَعُ صَيْدَ سَمَكٍ، وَإِنْ مِنْ مِلْكِهِ

تسبب للماء ثم يمر بعد شربها إلى أرض أسفل منها، ثم إن السيول تكاثرت وعظمت فأحرجت مشربها وأحالت الماء من ممره القديم إلى ممر آخر فصار يسقي السفلي وتعطلت العليا واندرس مشربها مدة سنين، فأراد أهل العليا أن يعمروا مشربهم ويتسببوا للماء فمنعهم أهل السفلى، فهل لهم ذلك أم لا؟ فأجبت: أولاً لأهل الأرض العليا أن يعمروا مشربهم المندرس

فحكمه أن يسقى به الأعلا فالأعلا. وهذا إذا كان إحياؤهم معاً أو إحياء الأعلا قبل وهو قول مالك وأصحابه، وهذا حكم النيل فإن أحيا رجل بماء سيل ثم أتى غيره فأحيا فوقه وأراد أن ينفرد بالماء ويسقي قبل الأسفل الذي أحيا قبله وذلك يبطل عمل الثاني ويتلف زرعه فقال سحنون: القديم أولى بالماء، وأما إن كان بدأ الماء في أرض رجل معين فله أن يمنع ماءه ويحبسه في أرضه. ولابن رشد في نوازله: انظر الماء الخارج من جبل شلير، نص الأشياخ أن حكمه حكم مهروز ومذينيب، ووقع لابن لب في بعض فتاويه أن اتفاق من اتفق ممن درج على ما يخالف هذا الأصل لا يلزم من بعدهم. ووقع له أيضاً: السواقي القديمة تتعلق بها حقوق المنتفعين بمائها وتصير الحقوق مملكة لهم بطول الحيازة، فلا يسمح لقوم أن يرفعوا ساقيته فوق هذه الساقية اهـ. وانظر إن كان هذا هو مقتضى قول سحنون القديم أولاً **(وأمر بالتسوية)** الباجي: فإن كان بعض الحائط أعلا من بعض فقال سحنون: يؤمر أن يعدل أرضه وليس له أن يحبس على أرضه كلها إلى الكعبين **(وإلا فكحائطين)** الباجي: فإن تعذرت عليه التسوية سقى كل ما كان على حدته **(وقسم للمتقابلين)** سحنون: فإن كان الجنانان متقابلين فيما حكمه أن يكون للأعلى فالأعلى قسم الماء بينهما، وإن كان الأسفل مقابلاً لبعض الأعلى حكم لما كان أعلى بحكم الأعلى ولما كان متقابلاً بحكم المتقابل **(كالنيل)** تقدّم نص ابن نافع بهذا **(وإن ملك أولاً قسم بقلد أو غيره)** الباجي: أما ما يملك أصله كالعيون والآبار فقال سحنون: يقتسمون ماءهم على قدر ملكهم بالقلد **(وأقرع للتشاح في السبق)** الباجي: ولا يقدم أحد على أحد ويأخذ كل أحد ماءه يصنع به ما شاء، فإن تشاحوا في التبدئة استهموا على ذلك **(ولا يمنع صيد سمك وإن من مالك)** من المدوّنة: وإذا كان غدير أو بركة أو بحيرة في أرضك وفيها سمك، فلا يمنع من يصيد فيها ممن ليس له فيها حق. وقال سحنون: له منع من يصيد فيها. ابن يونس: وهذا كاختلافهم في المعدن يخرج في أرضه. فقال سحنون: هو لرب الأرض. وقال ابن القاسم: أمره للإمام كالذي يوجد في الفيافي فهذا على ذلك. وقال أشهب: إن طرحها هو فولدت فله منعها وإن كان الغيث أجراها لم يمنع منها اهـ. جميع ما نقل ابن يونس. وعزا قول اللخمي وقول سحنون لمطرف وابن الماجشون وأخذ به اهـ.

وَهَلْ فِي أَرْضِ العَنْوَةِ فَقَطْ؟ أَوْ إِلاَّ أَنْ يَصِيدَ المَالِكَ؟ تَأْوِيلاَنِ وَكَلإٍ بِفَحْص، وَعَفًى لَمْ يَكْتَنِفْهُ زَرْعُهُ بِخِلاَفِ مَرْجِهِ وَحِمَاهُ.

وليس لأهل السفلى منعهم من ذلك، وليس لأهل الأرض العليا أن يسدوا المشرب الذي أحدثته السيول للماء قبل بلوغه إلى أرضهم لأن الماء غيث يسوقه الله إلى من يشاء. قال الله تعالى ﴿ولقد صرفناه بينهم ليذكروا﴾ [الفرقان: ٥٠] يريد المطر. فإذا صرفه إلى قوم فلا ينبغي لأحد أن يقطعه عنه. ثم حصل عندي توقف في ذلك لكون الأرض التي تسقى أسفل من الأرض الأخرى، أما إذا كان المشرب الذي انفتح تشرب به أرض أعلا من أرض هؤلاء الذين يريدون سد المشرب المنفتح فليس لهم ذلك بلا توقف، وقطعت السؤال الذي كتبت عليه الجواب أولاً والله أعلم. والمسألة في سماع عيسى من كتاب السداد والأنهار ونقله في النوادر ونقله ابن عرفة والله سبحانه أعلم.

(وهل في أرض العنوة فقط أو إلا أن يصيد المالك تأويلان) لم ينقل ابن عرفة وابن يونس إلا ما تقدم **(والكلأ بفحص)** عياض: الكلأ مقصور مهموز العشب وما تنبته الأرض مما تأكل المواشي. قال ابن رشد: الكلأ بأرض غير مملوكة الناس فيه سواء اتفاقاً ليس لأحد منعه ولا بيعه، فإن جاء رجلان لكلأ موضع كانا فيه أسوة **(وعفا لم يكتنفه زرعه)** ابن رشد: ما بالأرض المملوكة أقسام المحظرة بالحيطان كالحوائط والجنات، ربها أحق بما بها من الكلأ، وله بيعه ومنعه ممن يرعى ويحتش وإن لم يحتج إليه. وأما العفاء والمسرح من أرض قريبة فليس له منع ما بها من كلأ ولا يمنع أحداً من فضل حاجته اتفاقاً إلا أن يضره بدابة أو ماشية في زرع يكون له حد إليه، وأما الأرض التي بورها للرعي وترك زراعتها لذلك، فقول ابن القاسم صحة منعه غيره إن احتاج إليه أو وجد من يشتريه وإلا أجبر على تركه للناس. وأما فحوص أرضه وفدادينه التي يبورها للرعي ففيها ثلاثة أقوال. ابن يونس: اختلف في الأرض التي لم يوقفها للكلأ فروى ابن القاسم وأشهب أنه لا يمنع ذلك وهو أحق به إن احتاج إليه، وإن لم يحتج إليه خلي بين الناس وبينه لأنه شيء لم يزرعه وإنما الله أنبته، وأما إذا أوقف الأرض للكلأ فله منعه عند ابن القاسم ومطرف لأنه قد منع منافعه من الأرض وأوقفها لهذا **(بخلاف مرجه وحماه)** من المدوّنة: لا بأس أن تبيع خصباً في أرضك ممن يرعاه عامة، وإنما جوز مالك بيعه بعد ما ينبت، قال عيسى عن ابن القاسم: الخصب الذي يبيعه ويمنع الناس منه وإن لم يحتج إليه ما في مروجه وحماه.

باب الوقف

صَحَّ وَقْفُ مَمْلُوك،

باب وقف المملوك

قال ابن عرفة: الوقف مصدراً إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديراً. فتخرج عطية الذوات والعارية والعمرى والعبد المخدم حياته يموت قبل موت ربه لعدم لزوم بقائه في ملك معطيه لجواز بيعه برضاه مع معطاه. وقول ابن عبد السلام «إعطاء منافع على سبيل التأبيد» يبطل طرده بالمخدم حياته. ولا يرد بأن جواز بيعه ممنوع اندراجه تحت التأبيد لأن التأبيد إنما هو في الإعطاء وهو صادق على المخدم المذكور لا في لزوم بقائه في ملك معطيه. وهو اسماً ما أعطيت منفعته مدة إلى آخره. وصرح الباجي ببقاء ملك المحبس على محبسه وهو لازم تزكية حوائط الأحباس على ملك محبسها. وقول اللخمي آخر الشفعة الحبس يسقط ملك المحبس غلط انتهى. ويخرج من حد ابن عرفة الحبس غير المؤبد، وقد صرح بجوازه ابن الحاجب والمصنف ثم قال ابن عرفة: وهو مندوب إليه لأنه من الصدقة ويتعذر عروض وجوبه بخلاف الصدقة انتهى. وقال في المقدّمات: والأحباس سنة قائمة عمل بها رسول الله ﷺ والمسلمون من بعده انتهى. وقال في اللباب: حكمه الجواز خلافاً لأبي حنيفة وحقيقته لغة الحبس، وشرعاً حبس عين لمن يستوفي منافعها على التأبيد انتهى. قال النووي: وهو مما اختص به المسلمون. قال الشافعي رضي الله عنه: لم يحبس أهل الجاهلية فيما علمته داراً ولا أرضاً تبرراً بحبسها وإنما حبس أهل الإسلام انتهى. وقوله «مملوك» تصوره واضح. واحترز به من وقف الإنسان نفسه على نوع ما من العبادات. كذا ذكر ابن عبد السلام عن الغزالي. ولما كان كلامه شاملاً لكل مملوك بين ما هو داخل وما فيه تردد بقوله «وإن بأجرة» إلى قوله «تردد». وظاهر كلامه سواء كان مشاعاً أو غير مشاع. قال ابن الحاجب: يصح في العقار المملوك لا المستأجر من الأراضي والديار والحوانيت والحوائط والمساجد والمصانع والآبار والقناطر والمقابر والطرق شائعاً وغيره. قال في التوضيح: قوله «شائعاً أو غيره» يعني يجوز وقف العقار سواء كان شائعاً كما لو وقف نصف دار أو غير شائع. ولا يريد المصنف أنه يجوز وقف المشاع من غير إذن شريكه فإن ذلك لا يجوز ابتداء أعني فيما لا يقبل القسمة. واختلف إن

كتاب الوقف

ابن شاس: وفيه بابان: الأول في أركانه وهي الوقف والموقوف عليه والصيغة وشرطه. الباب الثاني في حكم الوقف الصحيح (صح وقف مملوك) ابن عرفة: الوقف مصدراً: إعطاء منفعة شيء مدة وجوده، وهو اسماً: ما أعطيت منفعته مدة وجوده. وقال شريح: لا حبس على فرائض الله ابن يونس: يريد أنه يورث. قال مالك: إنما تكلم شريح ببلده ولم يرد المدينة فيرى أحباس الصحابة وينبغي

....

فعل هل ينفذ تحبيسه أم لا، وعلى الثاني اقتصر اللخمي آخر الشفعة. قال: لأن الشريك لا يقدر على بيع جميعها وإن فسد فيها شيء لم يجد من يصلحه معه، واختار ابن زرب الأول. اللخمي: وإن كانت مما تنقسم جاز له الحبس إذ لا ضرر عليه في ذلك. وسأل ابن حبيب ابن الماجشون عمن له شرك في دور ونخل مع قوم فتصدق بحصته من ذلك على أولاده أو غيرهم صدقة محبسة ومنها ما ينقسم ومنها ما لا ينقسم ومن الشركاء من يريد القسم قال: يقسم بينهم ما انقسم، فما أصاب المتصدق منها فهو على التحبيس، وما لا ينقسم بيع، فما أصاب المتصدق من الثمن في حصته اشترى به ما يكون صدقة محبسة في مثل ما سبلها فيه المتصدق، واختلف هل يقضى عليه بذلك انتهى. وبعضه في ابن عبد السلام. وقال ابن عرفة: وإطلاق ابن شاس وابن الحاجب إجازته في الشائع كقولها في آخر الشفعة. قال مالك: إن حبس أحد الشريكين في دار حظه منها على رجل وولده وولد ولده فباع شريكه حظه منها فليس له ولا للمحبس عليهم أخذه بالشفعة إلا أن يأخذه بالحبس فيجعله في مثل ما جعل حظه فيه. اللخمي: إن كانت الدار تحمل القسم جاز الحبس إذ لا ضرر على شريكه بذلك إن كره البقاء على الشركة قاسم.

قلت: هذا على أن القسم تمييز حق، وعلى أنه بيع يؤدي إلى بيع الحبس، إلا أن يقال الممنوع بيعه ما كان معيناً لا المعروض للقسم لأنه كالمأذون في بيعه من محبسه قال: وإن كان مما لا ينقسم فللشريك رد الحبس.

قلت: ومثله في نوازل الشعبي. قال: وإن كان علو وسفل لرجلين فلرب العلو رد تحبيس ذي السفل لأنه إن فسد منه شيء لم يجد من يصلحه ولرب السفل رد تحبيس ذي العلو للضرر متى وهي منه ما يفسد سفله والحائط كالدار فيما ينقسم وما لا ينقسم.

قلت: ومثل إطلاقها في تحبيس الشريك في الدار وقع في رسم كتب عليه ذكر حق من سماع ابن القاسم من الشفعة، فتكلم فيه ابن رشد بحكم الشفعة وأعرض عن حكم الحبس المشاع. ولابن سهل عن ابن زرب: اختلف أهل العلم فيمن له حصة في دار لا تنقسم فحبسها فقال بعضهم تحبيسه لا ينفذ، وأجازه بعضهم وبإجازته أقول. ثم ذكر كلام ابن الماجشون ثم قال: قلت في جواز تحبيس مشاع ربع ورثوه مشترك فيه مطلقاً ووقفه على إذن شريكه فيما لا ينقسم وإلا بطل ثالثها يجوز مطلقاً ويجعل ثمن الحظ المحبس مما لا ينقسم مثل ما حبسه فيه لظاهرها مع ظاهر سماع ابن القاسم ونص ابن زرب عن اللخمي والمذهب وابن حبيب مع ابن الماجشون، ويتخرج القول بالجواز في العلو والسفل انتهى. وأقوى الأقوال الثاني لجعله اللخمي المذهب. ابن عرفة المتيطي: إن أقر بعض الورثة بتحبيس ربع نفذ إقراره في حظه فقط.

قلت: مثله في النوادر لعبد الملك، وظاهره نفوذه مطلقاً ولو كان فيما لا ينقسم. وهذا

....

على القول بجوازه مطلقاً في تحبيس المشاع واضح، وعلى وقفه على إذن شريكه فيه نظر. قال: وأشد ما على المنكر الحلف على أنه لا يعرف أن المحبس حبس عليهم.

قلت: يريد إن كان ممن يظن به العلم. قال: وليس له رد اليمين لأن الحبس لا يملك ملك المبيع لأن مصيره للأعقاب والمرجع ولا يحلف أحد عن أحد، ولو نكل إذا ردت اليمين عليه لم يبطل الحبس عليه بنكوله، فهذه وجوه تمنع رد اليمين في الحبس. والباجي: اختلف هل على المنكر يمين؟ فقال بعضهم: عليه اليمين. وبعضهم: لا يمين عليه. ابن زرب: نزلت في رجل حبس مالاً وثبت حوزه فادعى بعض ورثته أن الحبس رجع إليه وسكن فيه حتى مات وأراد تحليف المحبس عليهم فقلت: لا يمين عليهم. وقال بعض فقهاء عصرنا: عليهم اليمين، وهو عندي خطأ انتهى. وقول ابن الحاجب «والمقابر» نقله ابن عرفة عن اللخمي ثم قال: يريد بالمقابر المتخذة حيث يجوز اتخاذها. سمع ابن القاسم ثم ذكر كلام السماع مختصراً. ولنأت بالسماع من أصله ونصه: وسئل عن فناء قوم كانوا يرمون فيه وفيه عرض لهم ثم إنهم غابوا عن ذلك فاتخذ مقبرة ثم جاؤوا فقالوا نريد أن نسوي هذه المقابر ونرمي على حال ما كنا نرمي فقال مالك: أما ما قدم منها فأرى ذلك لهم، وأما كل شيء جديد فلا أحب لهم درس ذلك. ابن رشد: أفنية الدور المتصلة بطريق المسلمين ليست بملك لأرباب الدور كالأملاك المحوزة التي لأربابها تحجيرها على الناس لما للمسلمين من الارتفاق بها في مرورهم إذا ضاق الطريق عنهم بالأحمال وشبهها إلا أنهم أحق بالانتفاع بها فيما يحتاجون إليه من الرمي وغيره، فمن حقهم إذا اتخذت مقبرة في مغيبهم أن يعودوا إلى الانتفاع بالرمي فيها إذا قدموا إلا أنه كره لهم درسها إذا كانت جديدة مسنمة لم تدرس ولا عفت لما في درس القبور، وروي أن رسول الله ﷺ قال «لأن يمشي أحدكم على الرضف خير له من أن يمشي على قبر أخيه». وقال «إن الميت يؤذيه في قبره ما يؤذيه في بيته». وقال ابن أبي زيد: إنما يكره درسها لأنها من الأفنية، ولو كانت من الأملاك المحوزة لم يكره ذلك وكان لهم الانتفاع بظاهرها. وروي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: واروا في باطنها وانتفعوا بظاهرها. قال ابن رشد: ولو كانت من الأملاك المحوزة قد دفن فيها بغير إذنهم لكان من حقهم نبشهم منها وتحويلهم إلى مقابر المسلمين، وقد فعل ذلك بقتلى أحد لما أراد معاوية إجراء العين التي إلى جانب أحد، أمر منادياً فنادى في المدينة: من كان له قتيل فليخرج إليه وينبشه وليحوّله. قال جابر: فأتيناهم فأخرجناهم من قبورهم رطاباً لينين انتهى. ابن عرفة: في استدلاله بفعل معاوية نظر، لأن قتلى أحد ما أقبروا إلا حيث جاز إقبارهم. واستدلاله بإخراجهم يوهم كون القبر غير حبس والأقرب أنه فعله لتحصيل منفعة عامة حاجية حسبما يأتي في بيع الحبس لتوسعة جامع الخطبة. ولابن عات: سأل بعضهم: أيجوز حرث البقيع بعد أربعين سنة دون دفن فيه وأخذ ترابه للبناء؟ قال: الحبس لا يجوز أن يتملك انتهى. ولم يظهر لي في تعقيب ابن عرفة وجلبه لهذا الكلام كبير

وَإِنْ بِأُجْرَةٍ، وَلَوْ حَيَوَاناً، وَرَقِيقاً:

فائدة فتأمله والله أعلم. ص: (وإن بأجرة) ش: هذا خلاف قول ابن الحاجب المتقدم «لا المستأجر». قال ابن عبد السلام في قول ابن الحاجب «المملوك». ويمكن أن يريد المؤلف بهذا القيد اشتراط ملك الرقبة وإن ملك المنفعة وحدها لا يكفي في التحبيس، ويدل على ذلك قوله «إلا المستأجر» فيكون مراده المملوك رقبته لا منفعته بخصوصيتها، والأحسن أن يظهر فاعل اسم المفعول فيقول «المملوك رقبته» ويقول لا منفعة ويبقى مطلق المنفعة المقابل للرقبة ولا يختص ذلك بمنفعة الاستئجار انتهى. وقال ابن عرفة: وقول ابن الحاجب «ويصح في العقار المملوك لا المستأجر» انتصاراً لقول ابن شاس «لا يجوز وقف الدار المستأجرة». وفي كون مراد ابن شاس إن وقف مالك منفعتها أو بائعها نظر، وفسره ابن عبد السلام في لفظ ابن الحاجب بالأول وهو بعيد لخروجه بالمملوك والأظهر الثاني. وفي نقله الحكم بإبطاله نظر، لأن الحبس إعطاء منفعة دائماً، وأمد الإجارة خاص بالزائد عليه يتعلق به الحبس لسلامته من المعارض، ثم في لغو حوز المستأجر للحبس فيفتقر لحوزه بعد أمد الإجارة وصحته له فيتم من حين عقده قولان مخرجان على قولي ابن القاسم وأشهب في لغو حوز المستأجر ما في إجارته لمن وهب له بعد إجارته وصحته له انتهى. والذي استظهره في كلام ابن شاس فهمه القرافي عليه ونصه.

فرع: قال في الجواهر: يمنع وقف الدار المستأجرة لاستحقاق منافعها للإجارة فكأنه وقف ما لا ينتفع به، ووقف ما لا ينتفع به لا يصح انتهى. وهذا التوجيه ليس بظاهر، بل الظاهر قول ابن عرفة بصحة الحبس فتأمله والله أعلم. واستبعاد ابن عرفة حمل ابن عبد السلام قول ابن الحاجب على المعنى الأول ليس بظاهر لقوله في ترجمة الإجارة في الصناعات من كتاب الإجارة من المدونة: ولا بأس أن يكري أرضه على أن تتخذ مسجداً عشر سنين، فإذا انقضت كان النقض له انتهى. ونقله المصنف في الإجارة، ولأن الوقف لا يشترط فيه التأبيد إلا أن كلام ابن عرفة جارٍ على ما قدمه في حد الوقف، وتقدم أنه يخرج من حده الحبس غير المؤبد. قال الرصاع في شرح حدود ابن عرفة: فإن قلت إذا اكترى أرضاً عشر سنين ليصيرها حبساً مسجداً في تلك المدة فكيف يصدق عليها حد الشيخ يعني ابن عرفة؟ قلت: هذه الصورة ذكروها في الحبس وقالوا لا يشترط كون المحبس مالك الرقبة بل ما هو أعم كالمنفعة، وإلى ذلك أشار خليل بقوله «وإن بأجرة» فيحتاج هذا إلى تأمل في دخولها. انتهى كلام الرصاع والله أعلم. ص: (ولو حيواناً) ش: تصوره واضح.

للمرء أن لا يتكلم فيما لم يحط به خبراً (وإن بأجرة) ابن الحاجب: يصح في العقار المملوك لا المستأجر. ابن عرفة: هذا اختصار لقول ابن شاس «لا يجوز وقف الدار المستأجرة» وفي كون مراد ابن شاس نفي وقف مالك منفعتها أو بيعها نظر. راجع ابن عرفة. (ولو حيواناً أو رقيقاً) من المدونة: من حبس رقيقاً أو دواب في سبيل الله استعملوا في ذلك ولم يباعوا، ولا بأس أن يحبس الرجل الثياب

....

فرع: وأما الثياب فقال ابن عرفة: وفي الثياب طريقان اللخمي: في جوازها ومنعه قولان، لها ولنقل ابن العطار مع القاضي. الباجي: لابن القاسم في العتبية: لم أسمع من مالك في الثياب شيئاً ولا بأس به وأجازه أشهب. فعلى جوازه يلزم لموافقته الشرع وكونه من العقود اللازمة، وعلى كراهته ففي جوازه ولزومه روايتان.

قلت: يريد بالجواز عدم اللزوم لا أحد أحكام الأقسام الخمسة وإلا لزام كون قسيم الشيء قسماً منه وهو محال انتهى. ثم قال: وقول اللخمي والمتيطي الأصل في تحبيس ما سوى الأرض قوله ﷺ:«من حبس فرساً في سبيل الله إيماناً بالله وتصديقاً بوعده فإن شبعه وريه في ميزانه»[1]. أخرجه البخاري. وهو شنيع في فهمه إن ضبط باء «حبس» بالتخفيف وفي روايته إن ضبطها بالتشديد وفي مثل هذا كان بعض من لاقيناه يحكي عن بعض شيوخه أنه كان يقول: استدلالات بعض شيوخ مذهبنا لا ينبغي ذكرها خوف اعتقاد سامعها ولا سيما من هو من غير أهل المذهب إن حال أهل المذهب أو جلهم مثل هذا المستدل. قال: ولقد رأيت لبعض متكلمي المتقدمين رداً على المنجمين وددت أنه لم يقله لسخافته ورأيت للآمدي رداً عليهم ليس منصفاً وقف عليه انتهى.

قلت: كلامه رحمه الله يقتضي أن لفظ الرواية في البخاري «حبس» بتخفيف الباء على وزن «نصر» والذي في البخاري في كتاب الجهاد عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال النبي ﷺ «من احتبس فرساً في سبيل الله إيماناً وتصديقاً بوعده فكان شبعه وريه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة»[1] انتهى. فلفظ البخاري «احتبس» على وزن «افتعل» وكذلك نقله المنذري في الترغيب والترهيب عن البخاري. ومقتضى كلام ابن عرفة رحمه الله أن «حبس» بالتخفيف ليس معناه «أوقف» وهو مخالف لما قاله القاضي عياض في المشارق ونصه في باب الجامع في قوله: وأما خالد فإنه احتبس أدراعه أي أوقفها في سبيل الله، واللغة الفصيحة «أحبس». قاله الخطابي. ويقال: «حبس» مخففاً و«حبس» مشدداً انتهى. فدل كلام القاضي على أن «حبس» بالتخفيف بمعنى «حبس» بالتشديد وهو الوقف فصح ما قاله اللخمي والمتيطي.

والسروج والدواب. قال مالك: وما ضعف من الدواب المحبسة في سبيل الله حتى لا تكون فيه قوة على الغزو بيعت واشترى بثمنها ما ينتفع به من الخيل فتجعل في السبيل. قال ابن القاسم: فإن لم يبلغ ثمن فرس أو هجين أو برذون فليعن بذلك في ثمن فرس. قال ابن وهب عن مالك: وكذلك الغرس يكلب ويخبث. قال ابن القاسم: وما بلي من الثياب المحبسة ولم يبق فيه منفعة بيعت واشترى بثمنها

---

(١) رواه البخاري في كتاب الجهاد باب ٤٥. النسائي في كتاب الخيل باب ١١. أحمد في مسنده (٣/ ٣٧٤) بلفظ: «احتبس» بدل «حبس».

كَعَبْدٍ عَلَى مَرْضَى لَمْ يَقْصِدْ ضَرَرَهُ، وَفِي وَقْفٍ: كَطَعَامٍ: تَرَدُّدٌ عَلَى أَهْلٍ لِلتَّمَلُّكِ:

هذا إذا كانا نقلا الحديث بلفظ «حبس». وإن كانا نقلاه بلفظ «احتبس» كما هو في صحيح البخاري فحرفه النساخ فمعنى احتبس أوقف كما تقدم. كذا قال النووي وغيره، فصح ما قالاه إن الحديث المذكور أصل في تحبيس ما سوى الأرض، وكذا حديث خالد كما قاله القاضي عياض في شرح مسلم، وبقي النظر فيما اقتضاه كلامه من أن الرواية حبس فإنه خلاف ما في صحيح البخاري والله أعلم. ص: **(كعبد على مرضى)** ش: انظر المتيطي ص: **(وفي وقف كطعام تردد)** ش: أتى بالكاف لتدخل المثليات. ويشير بالتردد لما ذكره في الجواهر من منع وقف الطعام إن حمل كلامه على ظاهره. وما ذكره في البيان أن وقف الدنانير والدراهم، وما لا يعرف بعينه إذا غيب عليه مكروه.

تنبيه: قال في الشرح الكبير: في هذا التردّد نظر، لأنك إن فرضت المسألة فيما إذا قصد بوقف الطعام ونحوه بقاء عينه فليس إلا المنع لأنه تحجير من غير منفعة تعود على أحد، وذلك مما يؤدّي إلى فساد الطعام المؤدّي إلى إضاعة المال. وإن كان على معنى أنه أوقفه للسلف إن احتاج إليه محتاج ثم يرد عوضه، فقد علمت أن مذهب المدونة وغيرها الجواز، والقول بالكراهة ضعيف. وأضعف منه قول ابن شاس إن حمل على ظاهره والله أعلم انتهى. قال في التوضيح: ولعل مراد المصنف يعني ابن الحاجب وابن شاس أنه لا يصح وقفه بشرط بقاء عينه انتهى. وقال في الشامل: وفيها جواز وقف الدنانير والدراهم وحمل عليه الطعام، وقيل يكره انتهى ص: **(على أهل للتملك)** ش: هذا الضابط ليس بشامل لخروج نحو المسجد والقنطرة منه،

ثياب ينتفع بها فإن لم يبلغ تصدق به في السبيل **(كعبد على مرضى لم يقصد ضرره)** المتيطي: يجوز أن يحبس الرجل مملوكه على المرضى إذا كان ذلك من السيد على غير الضرر بمملوكه. وقال ابن رشد: يكره تحبيس الرقيق لرجاء العتق فيه، فإن وقع وفات مضى، وما لم يفت يستحب لمحبسه صرفه لما هو أفضل. ابن عرفة: يريد بفوته بالحوز لا بالموت **(وفي وقف كطعام تردد)** ابن الحاجب: لا يصح وقف ذوات الأمثال ابن شاس: لأن منفعته باستهلاكه. ومن المدونة: من حبس على رجل مائة دينار يتجر بها أمداً معلوماً ضمن نقصها وهي كسلف. ابن رشد: وأما الدنانير والدراهم وما لا يعرف بعينه فتحبيسه مكروه، وإن وقع كان لآخر العقب ملكاً إن كان معقباً، وإن لم يكن معقباً وكان على معينين رجع إليه بعد انقراض المحبس عليهم. ابن عرفة: رجوعه ملكاً إن كان معقباً وإن لم يكن معقباً ظاهر في جواز بيعه اختياراً بعد رجوعه، وذلك يمنع كونه حبساً حقيقة لأن خاصية الحبس منع بيعه اختياراً. قال في المدونة: من قال هذه الدار حبس على فلان وعقبه أو عليه وعلى ولده ولم يجعل لها مرجعاً، فهي موقوفة لا تباع ولا توهب وترجع بعد انقراضهم حبساً على أولى الناس بالمحبس يوم المرجع وإن كان المحبس حياً اهـ. وقد تقدم الكلام على قوله «وزكيت عين وقفت للسلف» **(على أهل للتملك)** الذي لابن الحاجب أن من أركان الوقف الموقوف عليه قال: ولا يشترط قبوله إلا

كَمَنْ سَيُولَدُ،

والصواب ما قاله ابن عرفة المحبس عليه ما جاز صرفه منفعة الحبس له أو فيه وإن كان معيناً يصح رده اعتبر قبوله ابن شاس: لا يشترط في صحة الموقوف عليه قبوله إلا أن يكون معيناً أهلاً للرد والقبول، وفي كون قبوله شرطاً في اختصاصه به أو في أصل الوقف خلاف انتهى. ص: **(كمن سيولد له)** ش: تصوره واضح. ولا معارضة بينه وبين قوله بعد هذا: «كعلى ولدي ولا ولد له» في كونه جعل له بيعه لأنه هنا تكلم على صحة الوقف وهناك على لزومه وهما متغايران. قال ابن عرفة المتيطي: المشهور المعمول عليه صحته على الحمل. ابن الهندي: زعم بعضهم أنه لا يجوز على الحمل والروايات واضحة بصحته على ما سيولد له وبها احتج الجمهور على الحمل. وفي لزومه بعقده على من يولد قبل ولادته قولا ابن القاسم ومالك لنقل الشيخ: روى محمد بن المواز وابن عبدوس لمن حبس على ولده ولا ولد له بيع ما حبسه ما لم يولد له، ومنعه ابن القاسم قائلاً: لو جاز لجاز بعد وجود الولد وموته.

قلت: يرد بأنه لما لزم بوجوده استمر ثبوته لوجود متعلقه وقبله لا وجود لمتعلقه حكماً. والأولى احتجاج غيره بأنه حبس قد صار على مجهول من يأتي فصار موقوفاً أبداً ومرجعه لأولى الناس بالمحبس ولهم فيه متكلم انتهى. وهو قريب من قول ابن الماجشون. قال ابن الحاجب: ولو قال: «على أولادي ولا ولد له» ففي جواز بيعه قبل إياسه قولان. ابن الماجشون: يحكم بحبسه ويخرج إلى يد ثقة ليصح الحوز وتوقف ثمرته، فإن ولد له فلهم وإلا فلا قرب الناس إليه. قال في التوضيح: قول ابن الماجشون ثالث يرى أن الحبس قد تم وإن لم يولد له رجع إلى أقرب الناس بالمحبس. وقوله: «فإن ولد له فلهم» أي الحبس والثمرة وإذا بقي وقفاً عليهم رد إليه لأنه يصح حوزه لولده. قاله الباجي انتهى. ومن التوضيح عن ابن القاسم قال: وإن مات قبل أن يولد له صار ميراثاً انتهى.

مسألة: سئلت عنها وهي رجل قال في كتاب وقفه أوقف كاتبه الدار الفلانية على ولده فلان ثم بعده على أولاده الثلاثة فلان وفلان وفلان وعلى من يحدثه الله له من الأولاد، هل الضمير في قوله: «له» يرجع إلى الواقف أو إلى الولد؟

فأجبت: إن الظاهر عوده على الولد لأنه الأقرب وهو الذي يدل عليه السياق. فقال السائل: إن الواقف قال في وصيته إني أوقفت الدار على ولدي فلان وعلى من يحدثه الله لي

إن كان معيناً وأهلاً، وقال ابن عرفة: المحبس عليه ما جاز صرف منفعة المحبس له أو فيه **(كمن سيولد له)** المتيطي: المشهور المعمول عليه صحة الوقف على الحمل ابن الهندي: والروايات واضحة بصحته على من سيولد له، وبه استدل الجمهور على الحمل وفي لزومه بعقده على من يولد قبل ولادته قولا ابن القاسم ومالك لنقل الشيخ: روى محمد فيمن حبس على ولده ولا ولد له بيع ما حبسه ما لم

وَذِمِّيّ

من الأولاد فبين مرجع الضمير. فأجبت بأنه يقبل قوله فإن ابن رشد قال في أجوبته: يجب أن يتبع قول المحبس في وجوه تحبيسه، فما كان من نص جلي لو كان حياً فقال إنه أراد ما يخالفه لم يلتفت إلى قوله ووجب أن يحكم به ولا يخالف حده فيه إلا أن يمنع منه مانع من جهة الشرع، وما كان من كلام محتمل لوجهين فأكثر حمل على أظهر محتملاته إلا أن يعارض أظهرهما أصل فيحمل على الأظهر من باقيها إذا كان المحبس قد مات ففات أن يسأل عما أراد بقوله من محتملاته، فيصدق فيه إذ هو أعرف بما أراد وأحق ببيانه من غيره انتهى. فعلم منه إذا كان حياً وفسر اللفظ بأحد احتمالاته قبل تفسيره ولو كان خلاف الظاهر ولا يقبل قوله في الصريح إذا ادّعى أنه أراد خلاف معناه والله أعلم. ثم رأيت في مسائل الحبس من البرزلي: إذا قال حبس على فلان وكل ولد يحدثه الله له فقط، فالضمير عائد على الابن المحبس عليه لدلالة اللفظ عليه لأن الضمير يعود على الأقرب انتهى.

فرع: قريب من هذا المعنى: قال القرافي في الذخيرة في باب الحبس من كتاب الدعوى: فرع: وقع فيه النزاع بين فقهاء العصر وهو بعيد ينبغي الوقوف عليه وهو: إذا قال الواقف فمن مات منهم فنصيبه لأهل طبقته وقد تقدم قبل هذا الشرط ذكر الواقف فبقي الضمير دائراً بين طبقة الواقف والموقوف عليه، فينبغي تعيين المقصود في الكتابة. وإذا نص على طبقة الموقوف عليه فيميز بين الأخ وابن العم مع ابن عمه الجميع أولاد عم وهو مع أخيه الكل إخوة فكلا الجهتين طبقة واحدة، فينبغي أن يبين ذلك فيقول من إخوته أو يقول الأقرب فالأقرب فيتعين الأخ، فإنه وإن كان في الطبقة وابن العم كذلك إلا أن الأخ أقرب. فإن قال الأقرب فالأقرب فأفتوا بالتسوية في الشقيق والأخ للأب، فإن حجب الشقيق له ليس بالقرب بل بالقرعة، فإن قال طبقته وسكت فأفتى بعضهم بالأخ دون ابن العم قال: لأنه حمل اللفظ على أتم مراده. وبعض الفقهاء يتوهم أنه إذا قيل في طبقته فلا احتمال فيه وليس كما قال لما بينت لك انتهى. وقوله: «فلا احتمال فيه» أنه إذا قيل في طبقته فإنما يدخل الإخوة فقط دون بني عم العم من غير احتمال. فحاصله أنه إذا قيل رجع نصيبه لمن في طبقته ولم يزد على ذلك إنما يتنزل منزلته إخوته فقط دون بني عم، إما أصالة كما قال بعضهم، أو يحمل اللفظ على أتم

يولد له، ومنعه ابن القاسم قائلاً: لو جاز لجاز بعد وجود الولد وموته، راجع ابن عرفة (وذمي) ابن عرفة: تبع ابن الحاجب ابن شاس في قوله «يجوز الوقف على الذمي» وقبله ابن عبد السلام ولا أعرف فيها نصاً، والأظهر جريها على حكم الوصية، وفي نوازل ابن الحاج: من حبس على مساكين اليهود والنصارى جاز، وذلك لقوله تعالى: ﴿ويطعمون الطعام﴾ إلى قوله تعالى ﴿وأسيراً﴾ [الإنسان: ٨] ولا يكون الأسير إلا مشركاً، وإن حبس على كنائسهم رد ذلك وفسخ. ومن العتبية: إن أوصى نصراني بماله للكنيسة ولا وارث له دفع الثلث إلى الأسقف يجعله حيث ذكره والثلثان للمسلمين

وَإِنْ لَمْ تَظْهَرْ قُرْبَةٌ أَوْ يَشْتَرِطْ تَسْلِيمَ غَلَّتِهِ مِنْ نَاظِرِهِ لِيَصْرِفَهَا، أَوْ كَكِتَابٍ عَادَ إِلَيْهِ بَعْدَ صَرْفِهِ فِي مَصْرِفِهِ. وَبَطَلَ عَلَى مَعْصِيَةٍ، وَحَرْبِيٍّ.

مراده كما قاله القرافي والله أعلم وهو فرع حسن. ص: (وذمي) ش: ابن عرفة: تبع ابن الحاجب ابن شاس في قوله: «يجوز الوقف على الذمي» وقبله ابن عبد السلام ولا أعرف فيها نصاً للمتقدّمين، والأظهر جريها على حكم الوصية انتهى. وقال المواق في نوازل ابن الحاج: من حبس على مساكين اليهود والنصارى جاز لقوله تعالى: ﴿ويطعمون الطعام﴾ [الإنسان: ٨] ونقله ابن غازي في قول المصنف: «وأقاربه أقارب جهتيه وإن نصارى» ص: (وبطل على معصية) ش: وانظر الوقف على المكروه، والظاهر أنه إن كان مختلفاً فيه فإنه يمضي، وإن اتفق على كراهته فلا يصرف في تلك الجهة ويتوقف في بطلانه أو صرفه إلى جهة قربة. وكذا قال الشيخ أبو عبد الله ابن الحاج في المدخل في فصل الأذان جماعة بعد أن قرر أن الأذان جماعة على صوت واحد مكروه قال: وفعلهم ذلك لا يخلو إما أن يكون لأجل الثواب فالثواب لا

(وإن لم تظهر قربة) ابن الحاجب: لا يشترط ظهور القربة (أو يشترط تسليم غلته من ناظره ليصرفها) من المدونة قال مالك: من حبس في صحته أو تصدق به على المساكين من حائط أو دار أو شيء وله غلة فكان يكريه ويفرق غلته كل عام على المساكين ولم يخرجه من يده حتى مات لم يجز، لأن هذا غير وصية إلا أن يخرج ذلك من يده قبل موته أو يوصي بإنفاذه في مرضه لغير وارث فينفذ من ثلثه قال في المجموعة وكتاب محمد: وليس تفرقة الغلة كالسلاح وشبهه الذي يخرج من يده في وجهه ويرجع إليه، يريد أن هذه الأشياء انتقلت من يده وأخرج جميعها، وفي الغلة لم يخرج الأصل من يده فذلك مفترق. وقال ابن عبد الحكم عن مالك: وإن جعلها بيد غيره وسلمها إليه يحوزها ويجمع غلتها ويدفعها للذي حبسها يلي تفرقتها وعلى ذلك حبس إن ذلك جائز، وأبى ذلك ابن القاسم وأشهب (أو ككتاب عاد إليه بعد صرفه في مصرفه) نص اللخمي أن حكم الكتب تحبس ليقرأ فيها كحكم الخيل تحبس ليغزى عليها والسلاح يقاتل بها. ونص المدونة: إن حبس في صحته ما لا غلة له مثل السلاح والخيل والرقيق وشبه ذلك ولم ينفذها ولا أخرجها من يده حتى مات فهي ميراث، وإن كان يخرجه في وجهه ويرجع إليه فهو نافذ من رأس ماله لأنه خرج في وجهه، وإن أخرج بعضه وبقي بعضه فما أخرج فهو نافذ، وما لم يخرج فهو ميراث اهـ. انظر إذا وجد كتاب وفي ظهره مكتوب أنه حبس قال البرزلي: رأيت مدونة من رق وعليها مكتوب حبس وبيعت ولم يعمل ذلك الكتب شيئاً قال: والخلاف مذكور إذا وجد في فخذ فرس حبس (وبطل على معصية) الباجي: لو حبس مسلم على كنيسة فالأظهر عندي رده لأنه معصية كما لو صرفها إلى أهل الفسق. ابن عرفة: عادة الشيوخ أنهم لا يقولون والأظهر عندي إلا فيما فيه نظر ما لا في الأمر الضروري، ورد هذا الحبس ضروري في القواعد الأصولية. قال ابن القاسم: من أوصى أن يقام له ملهى في عرس أو مناحة ميت لا تنفذ وصيته وقوله باطل. ابن رشد: لا خلاف في ردها بنياحة الميت لأنها محرمة (وحربي) أصبغ: لا تجوز الوصية للحربي لأن ذلك

وَكَافِرٍ لِكَمَسْجِدٍ، أَوْ عَلَى بَنِيهِ دُونَ بَنَاتِهِ

يكون إلا بالاتباع، أو لأهل الجامكية والجامكية لا تصرف في بدعة كما أنه يكره الوقف عليها ابتداء انتهى. ص: (**وكافر لكمسجد**) ش: قال في الإكمال في كتاب الصلاة لما تكلم على بناء مسجده ﷺ قال المازري: أما نبش القبور وإزالة الموتى فيمكن أن يقال لعله أن أصحاب الحائط لم يملكوهم تلك البقعة على التأبيد أو لعله تحبيس وقع منهم في حال الكفر والكافر لا تلزمه القربة كما قالوا إذا أعتق عبداً وهما كافران أن له أن يرده في الرق قبل إسلامهما ما لم يخرج من بلده ولم يقر أن أيدي أصحاب الحوائط زالت عن القبور لأجل من دفن فيها. قال عياض: لا يشترط في تحبيس أهل الكفر بقاء أيديهم أو زوالها إذ القربة لا تصح منهم وعقودهم فيها غير لازمة، فلهم عند أشياخنا ـ بلا خلاف ـ الرجوع في أحباسهم ومنعها والتصرف فيها كيف شاؤا، ويفترق من العتق الذي شرط في إمضائه شيوخنا خروجه من يده إذ صار ذلك حقاً للمعتق برفع يده عنه وتسريحه إياه وتمليكه نفسه فأشبه عقود هباتهم وأعطيتهم اللازمة انتهى. ص: (**وعلى بنيه دون بناته**) ش: أما إذا لم يجعل لهم نصيباً فظاهر. وإذا شرط إخراجهن إذا تزوجن فصرح في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس بأن ذلك من إخراج البنات من الحبس وأنه يبطل. وانظر لو حبس على البنات دون البنين، وظاهر كلام المتيطي أنه صحيح فإنه لما ذكر صفة ما يكتب في اشتراط المحبس أن يكون الحبس لبنيه دون بناته عقبه بالخلاف في صحة ذلك، ثم ذكر بعده صفة ما يكتب في اشتراط المحبس أن يكون الحبس لبناته دون بنيه ولم يذكر فيه خلافاً فدل كلامه على أنه جائز والله أعلم. وهو أيضاً ظاهر كلام مالك في العتبية وكلام ابن رشد عليها ونص كلام مالك في آخر الرسم الأول من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس، وهي آخر مسألة منه: سئل مالك عن رجل تصدق على بناته حبساً فإذا انقرض بناته فهي لذكور ولده وهو صحيح مبتل ذلك لهذا فيكون للإناث حتى يهلكن جميعهن وللرجل يوم هلكن كلهن ولد وولد ولد ذكور، فقال ولد الولد نحن من ولده ندخل في صدقة جدنا، وقال ولده لصلبه نحن آثر وأولى. فقال مالك: أرى أن يدخل معهم ولد الولد. قال ابن رشد: قوله: «أنه يدخل ولد الولد» بقوله: «فهي لذكور ولده» صحيح على المشهور في المذهب لأن ولد الولد الذكر بمنزلة الولد إذا لم يكن ولد في الميراث،

قوة على حربهم والوقف كالوصية (**وكافر لكمسجد**) سمع ابن القاسم: إن حبس ذمي داراً على مسجد ردت. رواه معن في نصرانية بعثت بدينار إلى الكعبة رد عليها. ابن عرفة: لا يصح الحبس من كافر في قربة دينية، ولو كانت في منفعة عامة دنياوية كبناء القناطر ففي رده نظر، والأظهر إن لم يحتج إليه ردت (**وعلى بنيه دون بناته**) سمع ابن القاسم: إذا حبس على ولده وأخرج البنات منه إن تزوجن فالشأن أن يبطل ذلك. ورأى ابن القاسم إذا فات ذلك أن يمضي على ما حبس، وإن كان حياً ولم يحز عنه الحبس فليرده ويدخل فيه البنات، وإن حيز عنه أو مات مضى على

أَوْ عَادَ لِسُكْنَى مَسْكَنِهِ قَبْلَ عَامٍ، أَوْ جُهِلَ سَبْقُهُ لِدَيْنٍ: إِنْ كَانَ عَلَى مَحْجُورِهِ، أَوْ عَلَى نَفْسِهِ، وَلَوْ بِشَرِيكٍ،

فلما كان له حكم الولد في الميراث وجب أن يدخل في الحبس. وكذلك يدخل مع بناته لصلبه إذا تصدق على بناته بصدقة حبس بنات بنيه الذكور لأن بنت الابن بمنزلة الابن في الميراث إذا لم يكن ابن ولا ابنة، فلا شيء لذكور ولد المحبس في هذه المسألة حتى تنقرض بناته وبنات بنيه الذكور انتهى. فقول ابن رشد: «فلا شيء لذكور ولد المحبس إلى آخره» مع جواب مالك عما سئل عنه من دخول ولد الولد مع الأولاد وعدم تعرضه للحكم في تخصيص البنات دون البنين، يدل على جواز ذلك ولو لم يكن ذلك جائزاً لما سكت عنه فتأمله والله أعلم **ص: (أو عاد لسكنى منزله قبل عام) ش:** وأما إن عاد إلى السكنى بعد عام فلا يبطل، وهذا في حق من يحوز لنفسه، وأما من يحوز له الواقف فإنه إن عاد إلى السكنى بطل الحبس والهبة.

شرطه ولم يفسخه القاضي **(أو عاد لسكنى مسكنه قبل عام)** من ابن يونس قال مالك: من حبس حبساً فسكنه زماناً ثم خرج منه بعد ذلك فلا أراه إلا وقد أفسد حبسه وهو ميراث. قال ابن القاسم: إن حيز عنه بعد ذلك في صحته حتى مات فهو نافذ فإن رجع وسكن فيه بكراء بعد ما حيز عنه، فإن جاء من ذلك أمر بين من الحيازة فذلك نافذ. قاله مالك. قال محمد: هذا إذا حاز ذلك المحبس عليه نفسه أو وكيله ولم يكن فيهم صغير ولا من لم يولد بعد، فأما من جعل ذلك بيد من يحوزه على المتصدق عليه حتى يقدم أو يكبر أو يولد أو كان بيده هو يحوزه لمن يجوز له حوزه عليه ثم سكن ذلك قبل أن يلي الصغير نفسه وقبل أن يحوزه من ذكرنا ممن حبسه عليه، فذلك يبطله. قلت: وكم حد تلك الحيازة؟ قال: السنة أقل ذلك. قاله ابن عبد الحكم عن مالك. وقال ابن رشد: إنما يصح القول بحيازة العام في المالكين أمورهم. فقول مالك والمعلوم من قول ابن القاسم أنه إن رجع بعمرى أو كراء أو إرفاق أو غير ذلك بعد أن حازها الموقوف عليه سنة أن الوقف نافذ. قال ابن رشد: وأما الصغار فمتى سكن أو عمر ولو بعد عام بطل. انتهى ما لابن رشد. ولم ينقل ابن عات ولا ابن سلمون إلا هذا خاصة. ورأيت فتيا لابن لب: إن أخلى ما حبسه على صغار ولده عاماً كاملاً فلا يضر رجوعه إليه انتهى. وفي نوازل ابن الحاج أن بهذا جرى العمل يعني إذا أخلاها منه إنما حيازته في الصغير والكبير، وعلى هذا عول المتيطي. وانظر بعد ورقة من باب الأقضية والشهادات من ابن سهل فيه نحو فتيا ابن لب. وانظر أول الفصل الخامس من المفيد، وانظر بعد هذا عند قوله «ولا إن رجعت إليه بعده بقرب» **(أو جهل سبقه لدين وإن كان على محجوره)** من المدونة قال مالك: من حبس حبساً على ولد له صغار فمات وعليه دين لا يدري الدين كان قبل أم الحبس وقام الغرماء، فعلى الولد إقامة البينة أن الحبس كان قبل الدين وإلا بطل الحبس. ونحوه في رسم الجواب. قال مالك في الرسم المذكور: ولو كان ذلك على ابن مالك لأمره أو أجنبي فحاز وقبض كانت الصدقة أولى **(أو على نفسه ولو بشريك)** ابن عرفة: الحبس على نفس المحبس وحده باطل اتفاقاً، وكذلك مع غيره على المعروف. وظاهر المذهب بطلان كل

أَوْ عَلَى أَنَّ النَّظَرَ لَهُ، أَوْ لَمْ يَحُزْهُ كَبِيْرٌ وُقِفَ عَلَيْهِ، وَلَوْ سَفِيهاً،

انظر التوضيح وابن عرفة في كتاب الهبة، وانظر كلام الشيخ زروق في شرح الرسالة فإن لم يدع سكناه حتى مات بطلت. ص: **(أو على أن النظر له)** ش: هذا إذا لم يكن على صغار ولده أو من في حجره، وأما من كان كذلك فهو الذي يتولى حيازة وقفهم والنظر لهم كما صرح به في المدونة وغيرها والله أعلم.

مسألة: سئلت عن رجل أوقف وقفاً وشرط النظر لنفسه مدة حياته وحكم بصحة الوقف قاضٍ مالكي، فانتقل القاضي المذكور والواقف بالوفاة بعد مدة فدعت زوجة الواقف أولاده إلى قاضٍ مالكي آخر في ميراثها من الأرض الموقوفة فأظهروا كتاب الوقف فأبطله وحكم لها بإرثها، فهل يصح نقض الثاني أم لا؟ فأجبت: حكم القاضي الأول بصحة الواقف مخالف لمذهب إمامه وقد أخطأ في ذلك، ولكن لا يجوز لغيره أن ينقضه إذا كان ذلك القاضي الأول ممن تنفذ أحكامه بأن يكون غير معروف بالجور وأنه يتعمد الأمور الباطنة أو بأنه يحكم بالجهل من غير مشاورة العلماء، فإن كان كذلك فحكمه باطل على كل حال، وكذلك الثاني إن كان معروفاً بالجور أو بأنه يحكم بالجهل من غير مشاورة العلماء فأحكامه أيضاً باطلة والله سبحانه أعلم. ص: **(أو لم يحزه كبير ولو سفيهاً)** ش: أشار بقوله: «سفيهاً». إلى أن حيازة السفيه لما أوقف عليه جائزة على القول الراجح. وفي وثائق الباجي: إنها لا تصح. وظاهر كلام المصنف أن حيازة السفيه لما وقف عليه مطلوبة ابتداء وليس كذلك، بل الحائز له ابتداء وليه أو وصيه أو من يقدمه القاضي له، وإنما الخلاف إذا حاز لنفسه هل يصح حوزه أم لا. فالقول الراجح وهو الذي مشى عليه المصنف أن حيازته لما وقف عليه جائزة والذي في وثائق الباجي أنها لا تصح. قاله ابن رشد ونقله في التوضيح ونقله الشارح. والخلاف في صحة حيازة السفيه وعدم صحتها إنما هو إذا كان له ولي. قال في الشامل: فإن لم يكن له ولي جازت حيازته اتفاقاً انتهى. وقاله ابن راشد ونقله في التوضيح. وأما حيازة وليه له فجائزة بلا خلاف بل هو المطلوب ابتداء. ولا يقال ظاهر كلام المؤلف أن الموقوف عليه إذا كان كبيراً سفيهاً فلا تكفي حيازة المولى له ولا بد من حوزه لما تقدم من أن الحائز له ابتداء إنما هو وليه، ويفهم ذلك من قول المصنف بعد «إلا لمحجوره» ص: **(أو ولي صغير)** ش: أشار به إلى أن الحكم ابتداء في الصغير أن الحائز له وليه ولو حاز لنفسه لصح حوزه كالسفيه فحكم

حبس من حبس على نفسه وغيره إن لم يحز عنه، فإن حيز صح على غيره فقط **(أو على أن النظر له)** ابن شاس: قال في المختصر الكبير: لا يجوز للرجل أن يحبس ويكون هو ولي الحبس. وقال في كتاب محمد فيمن حبس غلة داره في صحته على المساكين فكان يلي عليها حتى مات وهي بيده أنها ميراث قال: وكذلك إن شرط في حبسه أنه يلي ذلك لم يجز. ابن القاسم وأشهب: انظر قبل قوله «أو ككتاب» **(أو لم يحزه قبل فلسه وموته ومرضه)** أما إذا لم يحز الكبير حتى

أَوْ وَلِيُّ صَغِيرٍ، أَوْ لَمْ يُخَلِّ بَيْنَ النَّاسِ، وَبَيْنَ كَمَسْجِدٍ قَبْلَ فَلَسِهِ، وَمَوْتِهِ وَمَرَضِهِ، إِلاَّ لِمَحْجُورِهِ إِذَا

الصغير كالسفيه. قال في كتاب الطرر: ومن تصدق على صغير من أب أو غيره ثم أسلم الصدقة إلى ذلك الصغير وحازها في صحة المتصدق بها فإنها حيازة تامة وإن كان الحائز صغيراً وتنفذ الصدقة إلا أنه يكره ابتداء أن يحوز الصغير فإن وقع نفذ.

تنبيهان: الأول: حكم الهبة حكم الوقف. نقله ابن عرفة في كتاب الهبة وحكى القولين والله أعلم.

الثاني: قال في الشامل: وصح أي الحوز بوكالة من المحبس عليه وإن بحضوره، وإن قدم الواقف من يحوز له جاز، وفي الهبة والصدقة يجوز للغائب فقط **ص: (قبل فلسه وموته ومرضه) ش:** دخل في المرض الجنون. قال في المتيطية: قال ابن القاسم في العتبية: وكذلك إن فقد عقله قبل أن تحاز عنه الصدقة بطلت، يريد إلا أن يرجع إليه عقله قبل أن تحاز الصدقة عنه أو يصح من مرضه قبل أن يفوت فتنفذ الصدقة وتؤخذ منه انتهى **ص: (إلا لمحجوره) ش:** قال

مات المحبس أو مرض أو فلس فلابن القاسم في المدونة: كل صدقة أو حبس أو نحلة أو عمرى أو عطية أو هبة لغير ثواب في الصحة يموت المعطي أو يفلس ويمرض قبل حوز ذلك فهو باطل إلا أن يصح المريض فتحاز عنه بعد ذلك ويقضى للمعطي بالقبض إن منعه انتهى. وانظر ما فعله من ذلك في مرضه قال ابن يونس: أما ما بتل في المرض فلا تراد فيه الحيازة وهو نافذ من الثلث إن مات، وإن صح نفذ البتل كله إن كان لرجل بعينه، وإن كان للمساكين أو في السبيل أمر بإنفاذ ذلك، راجع أول ترجمة من كتاب الصدقة من ابن يونس. وأما حوز السفيه فقال ابن عرفة في بطلان قبض السفيه ما حبس عليه لنفسه وصحته: نقل المتيطي البطلان عن وثائق الباجي، ونقل صحته عن سحنون مع الأخوين قال: ونزلت أيام القاضي منذر بن سعيد البلوطي فشاور فيها فأجمع له الجميع من فقهاء بلده بصحته إلا إسحاق بن إبراهيم أفتى ببطلانه فحكم بقول الجميع. وأما حوز ولي الصغير فقد نقل ابن يونس من وهب لصغير هبة وجعل من يحوزها له إلى أن يبلغ وترضى حاله فتدفع إليه ويشهد له بذلك، فذلك حوز كان له أب أو وصي حاضر أو لم يكن، بخلاف غير الصغير. قيل: فما الفرق؟ قال: إنما جازت للصغير خوفاً أن يأكلها الأب ويفسدها. ومن المدونة أيضاً: من وهب عبداً لابنه الصغير ولأجنبي فلم يقبض الأجنبي حتى مات الواهب فذلك كله باطل لقول مالك فيمن حبس على أولاده الصغار والكبار فلم يقبض الكبار الحبس حتى مات الأب أنه يبطل كله لأن الكبار لم يقبضوا الحبس. قال مالك: ولا يعرف إنفاذ الحبس للصغار ها هنا إلا بحيازة الكبار بخلاف ما حبس على ولده وهم صغار كلهم، هذا إن مات كان الحبس لهم جائزاً. وأما حوز كمسجد فقال اللخمي: الحبس أصناف: صنف لا يصح بقاء يد المحبس عليه ولا يحتاج إلى حائز مخصوص وهي المساجد والقناطر والمآجل والآبار وإذا خلى بين الناس وبينها صح حبسه **(إلا لمحجوره إذا أشهد)** من المدونة قال مالك: لا تكون الأم حائزة لما تصدقت أو وهبت لصغار

أَشْهَدَ، وَصَرَفَ الْغَلَّةَ لَهُ، وَلَمْ تَكُنْ دَارَ سُكْنَاهُ، أَوْ عَلَى وَارِثٍ بِمَرَضِ مَوْتِهِ إِلاَّ مُعَقَّباً خَرَجَ مِنْ ثُلُثِهِ؛ فَكَمِيرَاثٍ لِلْوَارِثِ: كَثَلاَثِ أَوْلاَدٍ، وَأَرْبَعَةِ أَوْلاَدِ أَوْلاَدٍ وَعَقِبِهِ. وَتَرَكَ أُمًّا وَزَوْجَةً، فَيَدْخُلاَنِ فِيمَا لِلأَوْلاَدِ، وَأَرْبَعَةُ أَسْبَاعِهِ لِوَلَدِ الْوَلَدِ: وَقْفٌ،

في الشامل: وفي حوز الحاضن ثالثها إن كان أماً أو جدة صح، ورابعها إن كان غير جدة وأخ وإلا فلا. والمنصوص ليس بحوز مطلقاً، فلو شهدت بينة أن الأب صرف الغلة في مصالح نفسه فالمشهور البطلان والله أعلم ص: **(أو على وارث بمرض موت)** ش: قال ابن الحاجب: وإن شرك فما خص الوارث فميراث ويرجع بعد موت الوارث إلى مرجعه. قال في التوضيح: يعني فإن شرك المريض الوارث في الوقف مع غيره فذلك لا يوجب صحة الوقف مطلقاً، وإنما يصح منه ما للأجنبي وما خص الوارث ميراث على جهة الملكية إن لم يكن معقباً، وإن كان معقباً رجع النصيب الموقوف بين جميع الورثة ولا يبطل الوقف بسبب ما فيه من التعقيب

بنيها وإن أشهدت بخلاف الأب إلا أن تكون وصية الولد أو وصية الوالد فيتم حوزها لهم. ومن المدونة أيضاً: الأب يحوز لصغار ولده ومن بلغ من أبكار بناته ما وهبهم وأشهد عليه ولا يحول حتى يؤنس رشدهم **(وصرف الغلة له)** المتيطي: إن أعمر المحبس على ابنه الصغير الحبس لنفسه وأدخل غلته في مصالحه فإن بموته يبطل الحبس. هذا هو المشهور المعمول به. وفي نوازل ابن الحاج ما نصه: العمرى نافذة للابنة لا يوهنها ما ثبت من استغلال المعمر لها لنفسه وإدخاله الغلة في مصالحه، ولها أن تأخذ من تركة المعمر ما اغتله من ذلك انتهى. وانظر في طرر ابن عات. قال: فرق أبو زيد بين نفس الغلة وثمنها قال: إن أكل ثمن الغلة بعد بيعها فالصدقة ماضية للابن **(ولم تكن دار سكناه)** من المدونة قال مالك: من حبس على صغار ولده داراً أو وهبها لهم أو تصدّق عليهم فإن حوزه لهم حوز إلا أن يكون ساكناً فيها، كلها أو جلها حتى مات فيبطل جميعها. وأما الدار الكبيرة يسكن أقلها ويكري لهم باقيها فذلك نافذ فيما سكن وفيما لم يسكن **(أو على وارث بمرض موته)** ابن عرفة: الحبس على وارث وحده في المرض مردود كهبته فيه **(إلا معقباً خرج من ثلثه فكميراث للوارث كثلاثة أولاد وأربعة أولاد أولاد وعقبه وترك أماً وزوجة فتدخلان في مال الأولاد وأربعة أسباعه لولد الولد وقف)** ابن عرفة: لو حبس على وارث وغيره معه في مرض موت فهي المشهورة بمسألة ولد الأعيان وهي دار حبسها في مرض موته على ولده وولد ولده وحملها ثلثه وترك معهم أماً وزوجة. وصورها ابن يونس على أن الولد ثلاثة وكذلك ولد الولد، وصورها ابن شاس ولد الولد أربعة. قال أبو محمد: اعلم أن هذه المسألة من المسائل التي يتسع فيها المقال ويتفرع فيها السؤال ويدق فيها الفقه، وقال سحنون: من حسان المسائل وقل من يعرفها وهي في أكثر الكتب خطأ لدقة معانيها وغامض تفريعها. فاعلم أنه لو حبس على ولده وولد ولده والثلث يحمل ذلك كان في ذلك حبس على غير وارث وهم ولد الولد وعلى وارث وهم الولد، فنحن لا نقدر أن نبطل ما كان للولد من ذلك لأن فيه شركاء لغير وارث من ولد

وَانْتَقَضَ الْقِسْمُ بِحُدُوثِ وَلَدٍ لَهُمَا: كَمَوْتِهِ عَلَى الأَصَحِّ، لاَ الزَّوْجَةَ وَالأُمَّ، فَيَدْخُلاَنِ، وَدَخَلاَ فِيمَا زِيدَ لِلْوَلَدِ بِحَبَسْتُ وَوَقَفْتُ، وَتَصَدَّقْتُ، إِنْ قَارَنَهُ قَيْدٌ، أَوْ جِهَةٌ لاَ تَنْقَطِعُ، أَوْ لِمَجْهُولٍ وَإِنْ حُصِرَ،

ويبقى بيد جميع الورثة على حكم الإرث ما دام المحبس عليه موجوداً، فإذا انقرض المحبس عليه رجع إلى مرجعه انتهى. وانظر ابن عرفة في آخر كلامه على مسألة ولد الأعيان ص: **(بحبست ووقفت أو تصدقت إن قارنه قيد أو جهة لا تنقطع أو لمجهول وإن حصر)** ش: هذا هو الركن

الولد وما تناسل من الأعقاب، فلم يكن بد من إيقاف ذلك على معاني الأحباس إلا أن ما صار من ذلك بيد ولد الأعيان قام فيها بقية الورثة من أم وزوجة وغيرهم إن لم يجوروا فيدخلون في تلك المنافع إذ ليس لوارث أن ينتفع دون وارث معه إذ لا وصية لوارث، وما صار لولد الولد تنفذ لهم بالحبس. قال سحنون وابن المواز: إذا كانت حالتهم واحدة وإلا فعلى قدر الحاجة. قال ابن القاسم: والذكور والإناث فيه سواء. قال عبد الملك: إذا قال حبس على ولده ثم على عقبه فلا شيء للعقب حتى يموت الولد بخلاف لو قال على ولدي وعقبه قال الباجي: لأن «ثم» للترتيب. وأما الواو فهي للجمع فاقتضت التشريك **(وانتقض القسم بحدوث ولدهما كموته على الأصح)** ابن يونس: اختلف إن مات واحد من ولد الأعيان فقال ابن القاسم وابن المواز وسحنون: ينتقض القسم كما ينتقض بحدوث ولد ولد الأعيان أو ولد الولد، ويقسم جميع الحبس على عدد بقية الولد وولد الولد، فما صار لولد الولد نفذ لهم بالحبس. وما صار لولد الأعيان أخذت الأم سدسه والزوجة ثمنه وقسم ما بقي على ثلاثة عدد أهل لولد الأعيان، فيأخذ الخيار سهمين وورثة الميت منهم سهماً تدخل فيه أمه وزوجته إن كان له زوجه وولده وهو أحد ولد الولد، فيصير فيه ولد هذا الميت نصيب بمعنى الحبس من جده في القسم الأول، والثاني من نصيب بمعنى الميراث، وروى عيسى: لا ينتقض القسم. **(لا الزوجة والأم)** من المدونة: لو ماتت الزوجة أو الأم كان ما بيدها لورثتها موقوفاً، وكذلك يوقف نفع ذلك عن وارثهما أبداً ما بقي واحد من ولد الأعيان **(فيتداخلان ودخلت فيما زيد للولد)** انظر أنت هذه العبارة، وقد تقدم أن ما صار لولد الأعيان تأخذ منه الأم سدسه والزوجة ثمنه **(بحبست ووقفت وتصدقت إن قارنه قيد)** قال ابن الحاجب: لفظ «تصدقت» إن اقترن به ما يدل من قيد أو جهة لا تنقطع تأبد وإلا فروايتان. وقال ابن رشد: التحبيس ثلاثة ألفاظ: حبس ووقف وصدقة. فأما الحبس والوقف فمعناهما واحد لا يفترقان في وجه من الوجوه، وأما الصدقة فإن قال داري أو عقاري صدقة أو في السبيل أو على بني زهرة فإنها تباع ويتصدق بها على المساكين على قدر الاجتهاد إلا إن قال صدقة على المساكين يسكنونها أو يستغلونها فتكون حبساً على المساكين للسكنى والاستغلال ولا تباع **(أو جهة لا تنقطع أو لمجهول وإن حصر)** من المدونة قال مالك: من تصدق بدار له على رجل وولده ما عاشوا ولم يذكر لها مرجعاً إلا صدقة هكذا لا شرط فيها، فهلك الرجل وولده فإنها ترجع حبساً على فقراء أقارب الذي حبس ولا تورث. قال عياض: إن قال مالك هو حبس أو وقف هو صدقة فإن عينها لمجهولين محصورين مما يتوقع انقطاعه كقوله على ولد فلان أو فلان وولده، فاختلف فيه قال مالك: وقاله في الكتاب هي

....

الرابع وهو الصيغة. قال ابن الحاجب: أو ما يقوم مقامها. ثم بين ما يقوم مقامها بقوله: ولو أذن في الصلاة مطلقاً ولم يخص شخصاً ولا زماناً فكالصريح انتهى. وقوله: «فلو أذن في الصلاة مطلقاً» أي أذاناً مطلقاً أو في الصلاة مطلقاً ولم يخص به فرضاً ولا نفلاً. وقال في المسائل الملقوطة: ولو بنى مسجداً وأذن في الصلاة فيه فذلك كالصريح لأنه وقف وإن لم يخص زماناً ولا شخصاً ولا قيد الصلاة فيه بفرض ولا نفل فلا يحتاج إلى شيء من ذلك ويحكم بوقفيته انتهى. وذكره والده في الباب السبعين من تبصرته ثم ذكر اللفظ ثم قال: ولفظ «وقفت» يفيد التأبيد. وقال ابن عبد السلام: يعني أنها أصرح ألفاظ الفصل ولأنها دالة على التأبيد بغير ضميمة. وعزاه في التوضيح لعبد الوهاب وغيره من العراقيين قال: وقال صاحب المقدمات وابن زرقون: لفظ الوقف والحبس سواء ويدخل في لفظ وقفت من الخلاف ما يدخل في حبست انتهى. وهذا الثاني هو الذي مشى عليه المصنف خلافاً لابن الحاجب لأنه قدم لفظ الحبس على لفظ الوقف، ولا بد أن يكون الشرط راجعاً إلى الألفاظ الثلاثة. ثم قال ابن الحاجب: وحبست وتصدقت إن اقترن به ما يدل على التأبيد من قيد أو جهة لا تنقطع تأبد وإلا فروايتان. قال ابن عبد السلام: يعني أن لفظتي «حبست» و«تصدقت» لا يدلان على التأبيد بمجردهما بل لا بد مع ذلك من ضميمة قيد في الكلام كقوله «حبس لا يباع ولا يوهب» وشبه ذلك من الألفاظ، أو الجمع بين اللفظتين معاً كما وقع في بعض الروايات إذا قال حبساً صدقة أو ذكر لفظ التأبيد أو ضميمة جهة في الحبس لا تنقطع، ومراده عدم انحصار من يصرف إليه الحبس بأشخاص معينين كقوله: «حبس على المساكين أو على المجاهدين أو طلبة العلم» فإن انعدمت هذه القيود والجهات وشبهها ففي التأبيد حينئذ روايتان، وظاهر كلام المؤلف أنه لا يختلف في التأبيد إذا وجدت هذه القيود أو الجهات وذلك قريب مما قال في المدونة إذا قال حبس صدقة أو حبس لا يباع ولا يوهب. أن قول مالك لم يختلف في هذا أنه صدقة محرمة ترجع بمراجع الأحباس ولا ترجع إلى المحبس ملكاً. ومع ذلك فابن عبد الحكم حكى عن مالك أنها ترجع إليه ملكاً بعد موت المحبس عليه وإن قال حبس صدقة. وكذا قال ابن وهب إنها ترجع ملكاً إذا حبس على معينين، ولو قال لا يباع ولا يوهب. نعم يعز وجود الخلاف بل ينتفي إذا اقترن به شيء من الجهات غير المحصورة، والمرجع في ذلك كله إلى مدلول العرف انتهى. والذي يتحصل من كلامه في التوضيح أن الراجح من المذهب إن «وقفت» و«حبست» يفيدان التأبيد سواء أطلقا أو قيدا بجهة لا تنحصر أو على معينين أو غير ذلك إلا في الصورة الآتية وهي ما إذا قال وقف أو حبس على فلان المعين حياته أو على جماعة معينين حياتهم وقيد ذلك بقوله: «حياتهم» فإنه يرجع بعد موتهم ملكاً للواقف إن كان حياً أو لورثته إن كان ميتاً. وكذلك إذا ضرب لذلك أجلاً فقال حبس عشر سنين أو خمساً أو نحو ذلك كما نص عليه اللخمي والمتيطي قالا: ولا خلاف في هذين الوجهين أي إذا ضرب للوقف أجلاً أو قيده بحياة شخص. وأما لفظ الصدقة

....

فلا يفيد التأبيد إلا إذا قارنه قيد كقوله: «لا يباع ولا يوهب» أو «جهة لا تنقطع» كصدقة على الفقراء والمساكين وطلبة العلم والمجاهدين يسكنونها أو يستغلونها أو على مجهول ولو كان محصوراً كعلى فلان وعقبه، وغير المحصور كعلى أهل المدرسة الفلانية أو الرباط الفلاني، فإن تجرد عن ذلك فلا يفيد الوقف، فإن كان على معين كقوله صدقة على فلان فهي له ملك، وإن كان لغير معين كالفقراء فالناظر يصرف ثمنها باجتهاده على المساكين يوم الحكم ولا يلزم التعميم. قال في المقدمات: وللتحبيس ثلاثة ألفاظ: حبس ووقف وصدقة. ثم قال: وأما الصدقة فإن تصدق بذلك على معينين ولا محصورين مثل أن يقول هذه الدار صدقة على فلان فهذا لا اختلاف فيه أنها لفلان ملك يبيعها ويهبها وتورث عنه. وإن تصدق بها على غير معينين ولا محصورين مثل أن يقول هذه الدار صدقة على المساكين أو في السبيل أو على بني زهرة أو بني تميم، فإنها تباع ويتصدق على المساكين على قدر الاجتهاد إلا أن يقول صدقة على المساكين يسكنونها أو يستغلونها فتكون حبساً على المساكين للسكنى والاغتلال ولا تباع، وإن تصدق بذلك على غير معينين إلا أنهم محصورون مثل أن يقول داري صدقة على فلان وعقبه، هل ترجع بعد انقراض العقب مرجع الأحباس على أقرب الناس بالمحبس أو تكون لآخر العقب ملكاً مطلقاً على قولين. روى أشهب عن مالك أنها تكون لآخر العقب ملكاً مطلقاً، وحكى ابن عبدوس أنها ترجع مرجع الأحباس وهو قول مالك وبعض رجاله في المدونة. وقد قيل في المسألة قول ثالث: إن ذلك إعمار وترجع بعد انقراض العقب إلى المصدق ملكاً انتهى.

فائدة: قال النووي في تهذيب الأسماء واللغات: قولهم: «لو اختلط عدد محصور بعدد محصور أو بغير محصور» هذا اللفظ مما يتكرر في كتب الفقه وقل من يبين حقيقة الفرق بينهما، وقد نقلت في الروضة في آخر كتاب الصيد كلام الغزالي فيه. قال الإمام الغزالي: إن قلت كل عدد فهو محصور في علم الله، ولو أراد إنسان حصر أهل البلد لقدر عليه إن تمكن منهم. فاعلم أن تحرير أمثال هذه الأمور غير ممكن وإنما يضبط بالتقريب فنقول: كل عدد لو اجتمع في صعيد واحد لعسر على الناظر عدده بمجرد النظر كالألف ونحوه فهو غير محصور، وما سهل كالعشرة والعشرين فهو محصور وبين الطرفين أوساط متشابهة تلحق بأحد الطرفين بالظن، وما وقع الشك فيه استفتي فيه القلب. هذا كلام الغزالي انتهى كلام النووي.

فرع: قال في التمهيد: قال مالك: إذا أعطي فرساً في سبيل الله فقيل له هو لك في سبيل الله فله أن يبيعه، وإن قيل هو في سبيل الله ركبه ورده. وذكر ابن القاسم عن مالك: قال: قال مالك: من حمل على فرس في سبيل الله فلا أرى له أن ينتفع من ثمنه في غير سبيل الله إلا أن يقول له شأنك به فافعل به ما أردت، فإن قيل له ذلك فأراه مالاً من ماله يعمل به في غزوه إذا هو بلغه ما يعمل به في ماله. قال: وكذلك لو أعطي ذهباً أو ورقاً في سبيل الله. ومذهب مالك فيمن أعطي مالاً ينفقه في سبيل الله أنه ينفقه في الغزو، فإن فضلت منه فضلة بعد ما مر غزوه لم

وَرَجَعَ، إِنْ انْقَطَعَ لأَقْرَبِ فُقَرَاءِ الْمُحَبِّسِ، وَامْرَأَة لَوْ رُجِّلَتْ عَصبَ،

يأخذها لنفسه وأعطاها في سبيل الله أوردها إلى صاحبها. انتهى من شرح الحديث السادس عشر لنافع عن ابن عمر. وقال ابن يونس: وما جعل في سبيل الله من العلف والطعام لا يأخذ منه إلا أهل الحاجة، وما جعل في المسجد من الماء فليشرب منه كل أحد لأن القصد منه عموم الناس ولا مهانة فيه انتهى. قال في المسائل الملقوطة: مسألة: فإن قيل: ما تقولون في كتب العلم توجد على ظهورها وهوامشها كتابة الوقف. هل للحاكم أن يحكم بكونها وقفاً بذلك؟ قيل: هذا يختلف باختلاف قرائن الأحوال فإن رأينا كتباً مودوعة في خزانة في مدرسة وعليها كتابة الوقف وقد مضى عليها مدة طويلة كذلك وقد اشتهرت بذلك لم يشك في كونها وقفاً وحكمها حكم المدرسة في الوقفية، فإن انقطعت كتبها أو فقدت ثم وجدت وعليها تلك الوقفية وشهرة كتب المدرسة في الوقفية معلومة فيكفي في ذلك الاستفاضة ويثبت مصرفه بالاستفاضة. وأما إذا رأينا كتباً لا نعلم مقرها ولا نعلم من كتب عليها الوقفية فهذه يجب التوقف في أمرها حتى يتبين حالها، وهو عيب يثبت للمشتري به الرد، فإذا تقرر هذا فينبغي الاعتماد على ما يوجد على أبواب الربط والمدارس والأحجار المكتوبة عليها الوقفية وتخليص شروطها إذا كانت تلك الأحجار قديمة واشتهر ذلك، ويقبل قول المتولي لذلك الوقف في مصرفه إذا لم يوجد كتاب الوقف. انتهى من التبصرة. انتهى كلام المسائل الملقوطة. وقاله البرزلي وابن فرحون في تبصرته والله أعلم. ص: **(ورجع إن انقطع لأقرب فقراء عصبة المحبس)** ش: فإن كان أهل المرجع أغنياء فقيل يرجع إلى أولى الناس بهم، وقيل يرجع إلى الفقراء والمساكين. انتهى من وثائق الجزيري. وقال في التوضيح: ما يقتضي أن المشهور أنه

حبس مؤبد يرجع بعد انقراضهم مرجع الأحباس، سواء قال ما عاشوا أو لا. قال: وإن جعلها لمجهولين غير محصورين كالمساكين فهي ملك لهم تقسم عليهم إن كانت مما ينقسم، أو بيعت وقسمت وأنفقت فيما يحتاج إليه ذلك الوجه المجهول. وتعيين المجهول ليس هنا باجتهاد الناظر في موضع الحكم ووقته، ولا يلزم عمومهم إذ لا يقدر عليه ولا هو مقصد المحبس، وإنما أراد الجنس انتهى.

وقد تبين بهذا أنه لا «واو» قبل «إن» في قوله «وإن حصر» **(ورجع إن انقطع لأقرب فقراء عصبة المحبس)** ابن الحاجب: إذا لم يتأبد رجع بعد انقطاع جهته ملكاً لمالكه أو وارثه، وإذا تأبد رجع إلى عصبة المحبس من الفقراء ثم للفقراء **(وامرأة لو رجلت عصبت)** ابن عرفة في الهبات منها: لو قال حبس عليك وعلى عقبك قال مع ذلك صدقة أو لا، فإنها ترجع بعد انقراضهم لأولى الناس بالمحبس يوم المرجع من ولد أو عصبة ذكورهم وإناثهم سواء يدخلون في ذلك حبساً. ولو لم تكن إلا ابنة واحدة كانت لها حبساً لا يرجع إلى المحبس. ولو كان حياً وهي لذوي الحاجة من أهل المرجع دون الأغنياء، فإن كانوا كلهم أغنياء فهي لأقرب الناس بهم من الفقراء، ونصها عند ابن يونس قال

فَإِنْ ضَاقَ: قُدِّمَ الْبَنَاتُ، وَعَلَى اثْنَيْنِ، وَبَعْدَهُمَا عَلَى الْفُقَرَاءِ نَصِيبُ مَنْ مَاتَ لَهُمْ،

يرجع إلى الفقراء والله أعلم. ص: **(وعلى اثنين وبعدهما على الفقراء نصيب من مات لهم)** ش: انظر القاضي عبد الوهاب والفاكهاني في شرح قول الرسالة: ومن مات من أهل الحبس رجع نصيبه على من بقي. انظر كلام ابن بطال في مقنعه وأظنه في النوادر، وقد نقلت بعضه في الهبة في الكلام على العمرى، ومن هذا الباب مسألتان سئلت عنهما.

إحداهما في أمرة أوقفت داراً لها على ولدها عمر وعلى ذريته من بعده ثم على

مالك: من قال هذه الدار حبس على فلان وعقبه أو عليه وعلى ولده وولد ولده أو قال حبس على ولدي ولم يجعل لها مرجعاً، فهي موقوفة لا تباع ولا توهب وترجع بعد انقراضهم حبساً على أولى الناس بالتحبيس يوم الرجع وإن كان المحبس، فقيل لابن المواز: من أقرب الناس بالمحبس الذي يرجع إليهم الحبس بعد انقراض من حبس عليهم؟ فقال: قال مالك: على الأقرب من العصبة من النساء من لو كانت رجلاً كانت عصبة للمحبس فيكون ذلك عليهم حبساً. قال مالك: ولا يدخل في ذلك ولد البنات ذكراً كان أو أنثى، ولا بنو الأخوات ولا زوج ولا زوجة، قال ابن القاسم: وإنما يدخل من النساء مثل العمات والجدات وبنات الأخ والأخوات أنفسهن، شقائق كن أم لأب، ولا يدخل في ذلك الإخوة والأخوات لأم. محمد: واختلف في الأم فقال ابن القاسم: تدخل في مرجع الحبس. قلت: فإن كان ثم من سميت من النساء وثم عصبة معهنّ والنساء أقرب؟ قال ابن القاسم: قال مالك: يدخلون كلهم إلا أن يكون سعة فليبدأ بإناث ذكور ولده على العصبة ثم الأقرب فالأقرب ممن سميت، وكذلك العصبة الرجال يبدأ بالأقرب فالأقرب، وإذا لم يكن إلا النساء كان لهنّ على قدر الحاجة إلا أن يفضل عنهنّ. محمد: أحسن ما سمعت أن ينظر إلى حبسه أول ما حبس، فإن كان إنما أراد المسكنة وأهل الحاجة جعل مرجعه كذلك على من يرجع، فإن كانوا أغنياء لم يعطوا منها، وإن كان إنما أراد مع ذلك القرابة واثرتهم رجع عليهم وأوثر أهل الحاجة إن كان فيهم أغنياء، قاله مالك. وإن كانوا كلهم أغنياء فهي لأقرب الناس. فهؤلاء الأغنياء إذا كانوا فقراء. محمد: فإن لم يكن فيهم فقير ردت إليهم إذا استووا في الغناء وكان أولاهم فيها الأقرب فالأقرب، والذكر والأنثى فيه سواء في المرجع. فإن اشترط أن للذكر مثل حظ الأنثى فلا شرط له لأنه لم يتصدق عليهم. ألا ترى أنه لو لم يكن أقعد به يوم المرجع إلا أخت أو بنت الابن ذلك لها وحدها، وكذلك إذا كان معها ذكر كان بينهما شرطين **(فإن ضاق قدم البنات)** تقدم قول مالك إلا أن يكون سعة فليبدأ بإناث ذكور ولده على العصبة **(وعلى اثنين وبعدهما على الفقراء نصيب من مات لهم)** ابن الحاجب: لو حبس على زيد وعمرو ثم على الفقراء فمات أحدهما فحصته للفقراء وإن كانت غلة وإن كانت كركوب دابة وشبهة فروايتان. ابن عرفة: يؤخذان من قولي مالك فيها: من حبس حائطاً على قوم معينين فكانوا يلونه ويسقونه فمات أحدهم قبل طيب الثمرة، فجميعها لبقية أصحابهم وإن لم يلوا عملها. وإنما تقسم عليهم الغلة فنصيب الميت لرب النخل. ثم رجع مالك إلى رد ذلك لمن بقي، وبهذا أخذ ابن القاسم. ابن عرفة: ففي نقل حظ معين من طبقة بموته لمن بقي فيها أو لم بعدها قولان، بالأول أفتى

إِلاَّ كَعَلَى عَشَرَةٍ حَيَاتَهُمْ، فَيُمْلَكُ بَعْدَهُمْ.

أولاد أولاده أبداً ما تناسلوا، والطبقة العليا تحجب الطبقة السفلى. فتوفيت الواقفة وتسلم الوقف ولدها عمر المذكور، ثم مات عن ذكر وثلاث بنات، ثم توفي من البنات اثنتان كل واحدة عن أولاد فهل لأولادهم حصة مع وجود خالهم وخالتهم أم لا؟ فأجبت: لأولاد كل ميتة حصة والدتهم وليس لخالهم ولا لخالتهم في ذلك شيء، ولا يمنع من ذلك قول الواقف الطبقة العليا تحجب الطبقة السفلى حسبما ذكر ابن رشد في أثناء شرح المسألة السادسة من أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس في مسألة من حبس على أولاده ثم على أولادهم من بعدهم أن من مات منهم فحظه لولده دون إخوته وأطال في ذلك، وذكر أن غيره من أهل زمانه خالفه في ذلك، ثم رد عليه وقال في آخر الرد خطأ صراح. وذكر ابن عرفة كلامه في ذلك قبل الكلام على تحقيق لفظ المحبس عليه في مسألة الوقف على زيد وعمرو ثم على الفقراء. وذكر ابن رشد المسألة أيضاً في نوازله ونقلها عنه البرزلي أيضاً في مسائل الحبس. وهذا الذي يؤخذ من قول الشيخ خليل: وعلى اثنين وبعدهما على الفقراء نصيب من مات منهم. وأفتى بذلك الشيخ شمس الدين اللقاني وغيره في هذه اللفظة أعني قوله: «الطبقة العليا تحجب الطبقة السفلى» وأن معناها أن الفروع لا تدخل مع أصولهم ولا يشاركونهم، وأن الولد يستحق ما كان لأبيه معتمدين على ما تقدّم لابن رشد من مسألة الشيخ خليل هذه والله أعلم. وأما إذا قال: «وأولادهم» فيدخل أولاد الأولاد مع الأولاد كما صرح به في مسائل الحبس من أحكام ابن سهل في مسألة قطيع حبس من جنة وفي غيره والله أعلم.

والمسألة الثانية: شخص أوقف ماله الفلاني على من سيولد له من ظهره من الأولاد ذكراً كان أو أنثى، وعلى أولاد أولاده وأولاد أولاد أولاده، أبداً ما تناسلوا وتعاقبوا بطناً بعد بطن وعقباً بعد عقب، يدخل في ذلك الأبناء مع الآباء عدا أولاد البنات من بنيه وبنات بنيه ومن

ابن الحاج، وبالثاني أفتى ابن رشد، وألف كل منهما على صاحبه، ومن الكافي: من حبس سيفاً أو دابة أو عبداً أو ثوباً على رجلين حياتهما ثم جعلهما في وجه آخر بعد وفاتهما فمات أحد الرجلين رجع نصيبه على الآخر، فإذا مات الآخر رجع في الوجه الذي جعله فيه بعدهما. وقد قيل: يرجع نصيب الميت الأول إلى الوجه الذي جعل فيه بعدهما ولا يرجع نصيبه على الآخر. ولو كان الشيء ينقسم وله غلة أو ثمرة فمات أحدهما لم يرجع نصيبه على صاحبه ورجع في الوجه الآخر، وإن حبس عليهما مسكناً فذلك على وجهين إن حبسه عليهما للسكنى كما ذكرنا في العبد والدابة والسيد، وإن كان حبسه عليهما ليستغلاه كان كما ذكرنا فيما يتجزأ وينقسم **(إلا كعلى عشرة حياتهم فيملكه بعدهم)** اللخمي: إن قال حبس على هؤلاء النفر وضرب أجلاً أو قال حياتهم رجع ملكاً اتفاقاً. واختلف إن لم يسم أجلاً ولا حياة. وقال أبو عمر: من حبس على رجل بعينه ولم يقل على ولده ولا جعل له مرجعاً فاختلف فيه قول مالك. قال أصحابه المدنيون: يصرف لربه. وقال

أسفل منهم فليس لهم دخول في ذلك وقفاً صحيحاً على من سيولد من ظهره وعلى من ذكر بعدهم يدخل في ذلك الأبناء مع الآباء، فهل قوله «بطناً بعد بطن» يمنع الطبقة السفلى من الدخول مع الطبقة العليا أم لا؟ فإن قلتم يمنع، فما معنى قوله «يدخل الأبناء مع الآباء»؟ وإن قلتم لا يمنع، فهل يقيد دخول الأبناء بوجود الآباء بحيث إن من مات أبوه لا يدخل لأن دخوله كان مقيداً بوجود أبيه؟ فأجبت: لا أعلم هذه المسألة بخصوصها منصوصة أعني إذا قال الواقف بطناً بعد بطن ثم قال ويدخل الأبناء مع الآباء. والذي يظهر أن ذلك لا يمنع من دخول الأبناء مع الآباء، وكلام الواقف يدل على دخولهم مع آبائهم في موضعين: الأول منهما أنه عطف الأبناء على الآباء بالواو وهي مقتضية لدخولهم معهم كما جزم بذلك علماؤنا. والثاني: وهو أقواهما تصريحهم بدخولهم مع الآباء مرتين. وأما قوله «بطناً بعد بطن وعقباً بعد عقب» فالظاهر أنه إنما أراد به التنصيص على تأكيد استمرار الوقف وتأبيده على الوجه الذي ذكره على جميع البطون والأعقاب. وإذا ظهر دخولهم في الوقف مع آبائهم فدخول من مات أبوه في الوقف بعد موت أبيه أحرى وأولى، ولا يمنع من ذلك قول الواقف «يدخل في ذلك الأبناء مع الآباء» لأن ذلك من باب مفهوم الموافقة الذي يكون فيه المسكوت عنه أولى بالحكم من المنطوق وهو المسمى بفحوى الخطاب، لأن من المعلوم أن الناس يقصدون أن يكون ما كان لكل واحد من أولادهم لأولاده بعد موته، فإذا صرح الواقف بدخولهم مع أبيهم في حياته فدخولهم بعد موته أولى وأحرى. وأيضاً فقد صرح علماؤنا فيما إذا وقف على أولاده ثم على أولادهم ثم أولاد أولادهم بأن الأبناء لا يدخلون مع آبائهم قالوا: فإذا مات ولد من أولاده وله أولاد فإن أولاده ويستحقون ما كان لأبيهم ويدخلون في الوقف مع وجود أعمامهم، ولا يقال إن أولاد الأولاد لا يدخلون في الوقف إلا بعد انقراض جميع الأولاد. هذا هو الصحيح المعمول به. وأفتى شيوخنا المتأخرون الذين أدركناهم من أهل مصر وغيرهم بأن قول الواقف الطبقة العليا تحجب الطبقة السفلى إنما يمنع من دخول الولد مع أبيه لا من دخوله مع أعمامه ومن في طبقة أبيه، فإذا صرح الواقف بدخول الأولاد مع آبائهم فلا يشك في دخولهم بعد موته والله سبحانه وتعالى أعلم.

ومن هذا المعنى مسألة راسلني بها شيخنا العلامة أحمد بن عبد الغفار من المدينة ونصه: وقعت لنا مسألة بالمدينة وهي شخص وقف على أولاده وأولادهم وشرط أن الطبقة العليا تحجب الطبقة السفلى ثم قال: على أن من مات وله ولد انتقل نصيبه لولده، فإن لم يكن له ولد فنصيبه لمن هو في طبقته من أهل الوقف. فمات شخص من طبقته عن غير ولد وثم شخص في طبقته إلا أن أبا هذا الشخص موجود وهو محجوب به ليس له في الوقف استحقاق، فهل يكون نصيب هذا الميت لهذا المحجوب بأبيه عملاً بقول الواقف لمن هو في طبقته من أهل الوقف لأنه من أهل الطبقة ومن أهل الوقف في الجملة لأنه من أولاد الواقف ولا يعارضه قول الواقف «تحجب الطبقة العليا الطبقة السفلى» لأن معناه أن كل واحد من

وَفِي كَقَنْطَرَةَ، وَلَمْ يُرْجَ عَوْدُهَا فِي مِثْلِهَا، وَإِلاَّ وُقِفَ لَهَا وَصَدَقَةٌ لِفُلاَنَ فَلَهُ، أَوْ لِلْمَسَاكِينِ فُرِّقَ ثَمَنُهَا بِالاجْتِهَادِ.

الطبقة يحجب فروعه لا فروع غيره، أو لا يستحق شيئاً لأنه ليس من أهل الوقف الآن إلا بالقوة لا بالفعل، والظاهر من قول الواقف «من أهل الوقف» إنما هو من كان مستحقاً بالفعل الاحتمال الأول هو الذي ظهر لي ولم أجزم في المسألة بشيء فاكتب لي ما عندك فيها نقلاً أو بحثاً. انتهى كلامه والله أعلم. ص: **(وفي كقنطرة لم يرج عودها في مثلها)** ش: قال البرزلي في أوائل مسائل الحبس: وإن جعله على وجه معين غير محصور كقوله حبس في السبيل أو في وقيد مسجد أو إصلاح قنطرة كذا، فحكمه حكم المبهم المتقدم ذكره ويوقف على التأبيد، فإن

المصريون: يرجع لأقرب الناس حبساً **(وفي كقنطرة لم يرج عودها في مثلها)** ابن عرفة: شبه المصرف مثله إن تعذر. قال ابن المكوى: من حبس أرضاً على مسجد فخرب وذهب أهله يجتهد القاضي في حبسه بما يراه الباجي: لو كانت أرض محبسة له من الموتى فضاقت بأهلها فلا بأس أن يدفنوا في المسجد بجانبها وذلك حبس كله. قاله ابن الماجشون. ولأصبغ عن ابن القاسم في مقبرة عفت: لا بأس ببنيانها مسجداً وكلما كان لله فلا بأس أن يستعان ببعضه على بعض. ومن نوازل البرزلي: بل الفتيلة من قنديل المسجد وأخذ زيته لا يجوز ولو كان ذلك لمسجد آخر لجرى على الخلاف بين الأندلسيين والقرويين في صرف الأحباس بعضها في بعض، وعلى الجواز العمل اليوم مثل صرف أحباس جامع الزيتونة لجامع الموحدين وأخذ حصره السنة بعد السنة وزيته كذلك. وسئل ابن علاق عن حبس على طلاب العلم للغرباء أنه إن لم يوجد غرباء دفع لغير الغرباء قال: ويشهد لهذا فتيا سحنون في فضل الزيت على المسجد أنه يؤخذ منه في مسجد آخر، وفتيا ابن دحون في حبس على حصن تغلب عليه يدفع في حصن آخر. قال: وما كان لله واستغنى عنه فجائز أن يستعمل في غير ذلك الوجه ما هو لله. ومنها فتيا ابن رشد في فضل غلات مسجد زائدة على حاجة أن يبني بها مسجد تهدم. وقال عياض: إن جعل حبسه على وجه معين غير محصور كقوله حبس في السبيل أو في وقيد مسجد كذا أو إصلاح قنطرة كذا. فحكمه حكم الحبس المبهم يوقف على التأبيد ولا يرجع ملكاً فإن تعذر ذلك الوجه بجلاء البلد أو فساد موضع القنطرة حتى يعلم أنه لا يمكن أن تبنى وقف إن طمع بعوده إلى حاله أو صرف في مثله. انظر الباب السابع من العمرى من المنتقى **(ولا وقف لها وصدقة لفلان فله)** عياض: إن قال مكان هو حبس أو وقف هي صدقة، فإن عينها لشخص معين فهي ملك له. وإن قال داري حبس على فلان وعين شخصاً فاختلف فيه قول مالك، هل يكون مؤبداً لا يرجع ملكاً فإن مات فلان رجعت حبساً لأقرب الناس بالمحبس على سنة مراجع الأحباس، فإن لم يكن له قرابة رجعت للفقراء والمساكين والقول الآخر أنها ترجع بعد موت المحبس عليه ملكاً للمحبس أو ورثته إن مات كالعمرى **(أو للمساكين فرق ثمنها بالاجتهاد)** تقدم نص عياض: إن قال صدقة وجعلها لمجهولين غير محصورين كالمساكين فهي ملك لهم ويجتهد الناظر إذ لا يقدر على تعميمهم

وَلاَ يُشْتَرَطُ التَّنْجِيزُ وَحُمِلَ فِي الإِطْلاَقِ عَلَيْهِ: كَتَسْوِيَةِ أُنْثَى بِذكر. وَلاَ التَّأْبِيدُ وَلاَ تَعْيينُ مَصْرِفِهِ وَصُرِفَ فِي غَالِبٍ وَإِلاَّ فَالْفُقَرَاءُ، وَلاَ قُبُولُ مُسْتَحِقِّهِ، إِلاَّ الْمُعَيَّنَ الأَهْلَ

تعذر ذلك الوجه لخلاء البلد أو فساد موضع القنطرة حتى لا يمكن بناؤها وقف إن طمع بصرفه إليه أو صرفه في مثله. قلت: وقعت بتونس حبس الأمير أبو الحسن كتبا لمدرسة ابتدأها بالقيروان وأخرى بتونس وجعل مقرها بيتاً بجامع الزيتونة، فلما أيس من تمامها قسمت الكتب على مدارس تونس انتهى. ص: **(ولا يشترط التنجيز) ش:** ويصير كالمعتق إلى أجل لأن المعتق إلى أجل لا يضره استحداث سيده ديناً قبل الأجل وذلك يضر عند التحبيس. قاله ابن عبد السلام. قال ابن عرفة: ما قاله ابن عبد السلام ظاهر إن لم يحز عنه، وإن حيز عنه فإن له منفعته في الأجل لغيره لم يضره حدوث الدين، وإن أبقاها لنفسه بطل بحدوث الدين على

(ولا يشترط التنجيز) ابن شاس: لا يشترط التنجيز كما إذا قال: إذا جاء رأس الشهر فهو وقف، انظر بعد هذا قبل قوله «وللأب اعتصارها» **(وحمل في الإطلاق عليه)** ابن الحاجب: حكم مطلقه التنجيز ما لم يقيد باستقبال. ابن رشد: لا خلاف أن من حبس أو وهب أو تصدق أنه لا رجوع له في ذلك ويقضى عليه بذلك إن كان لمعين اتفاقاً ولغير معين باختلاف انتهى. انظر مذهب المدونة إذا اشترط المتقارضان ثلث الربح للمساكين أنه لا يقضى عليهما به، وسيأتي هذا عند قوله «وإن قال داري صدقة» **(كتسوية أنثى بذكر)** ابن عرفة: صور الشيخ وأصبغ مسألة ولد الأعيان على أن الولد ثلاثة وكذلك ولد الولد فتنقسم غلتها على عدد المحبس عليهم والذكر كالأنثى، وتقسم بالسوية إن استوت حالتهم. وقال ابن رشد في مسألة ولد الأعيان: إنه لا يفضل الولد على ولد الولد قال: هو خلاف قوله في المدونة ابن عرفة: في جواز التحبيس على البنين دون البنات وإن تزوجنّ سبعة أقوال **(ولا التأبيد)** ابن شاس: لا يشترط في الحبس التأبيد بل لو قال على أن من احتاج منهم باع أو أن العين المحبسة تصير للآخر هم ملكاً صح واتبع الشرط. محمد: إذا قال داري حبس على عقبي وهي للآخر منهم، فإنها تكون للآخر منهم بتلاً وهي قبل ذلك محبسة، فإن كان آخرهم رجلاً يرجى له عقب وقفت عليه فإذا مات ولم يعقب ورثها عنه ورثته لأنه تبين بموته أنها قد صارت له **(ولا تعيين مصرفه وصرف في غالب وإلا فالفقراء)** عياض: أما لفظة الحبس المبهم كقوله داري حبس، فلا خلاف أنها وقف مؤبد ولا ترجع ملكاً وتصرف عند مالك في الفقراء والمساكين وإن كان في الموضع عرف للوجوه التي توضع فيها الأحباس وتجعل لها حملت عليه **(ولا قبول مستحقه إلا المعين الأهل)** ابن عرفة: المحبس عليه ما جاز صرف منفعة الحبيس له أو فيه، فإن كان معيناً يصح رده اعتبر قبوله، وعبارة ابن شاس: لا يشترط في صحة الموقوف عليه قبوله إلا إذا كان معيناً وكان مع ذلك أهلاً للرد والقبول، ثم اختلف هل قبوله شرط في اختصاصه به خاصة أو في أصل الوقفية؟ فقال في كتاب محمد: من قال أعطوا فرسي فلاناً فلم يقبله فقال مالك: إن كان حبساً أعطي لغيره، وإن لم يكن حبساً رد إلى ورثته. وسئل ابن رشد عن رجل حبس فرساً على رجل يجاهد عليه على من يكون

فَإِنْ رَدَّ فَكَمُنْقَطِعٍ وَاتُّبِعَ شَرْطُهُ، إِنْ جَازَ كَتَخْصِيص مَذْهَبٍ أَوْ نَاظِرٍ

المشهور في لغو حوز المستأجر لغيره وعلى إعماله لا يبطل به. انتهى ص: **(واتبع شرطه إن جاز لتخصيص مذهب)** ش: مفهوم قوله «إن جاز» أنه إن شرط ما لا يجوز لا يتبع، وهذا والله أعلم إذا شرط شيئاً متفقاً على منعه وإلا فقد نص في النوادر والمتيطية وغيرهما أنه إذا شرط في وقفه إن وجد فيه ثمن رغبة بيع واشترى غيره أنه لا يجوز له ذلك، فإن وقع ونزل مضى وعمل بشرطه. قال في النوادر في ترجمة الرجوع في الحبس وهل يباع: قال ابن الماجشون: لا أرى أن يستثنى في الدار أن يقول إذا وجد في الدار ثمناً رغيباً فلتبع ويشتر بثمنها داراً، وكذلك الأصول فإن استثناه في حبسه جاز ومضى انتهى. وقال في المتيطية في ترجمة ما جاء في مراجع الأحباس: قال مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ في الواضحة: ولا

علفه؟ قال: لا يلزم المحبس علف الفرس الذي حبسه إلا أن يشاء، فإن أبى المحبس عليه أن يعلفه رجع إلى صاحبه ملكاً إن كان حبسه عليه بعينه ولم يبتله في السبيل، فإن كان بتله في السبيل أخذ منه إن أبى أن ينفق عليه ودفع إلى غيره ممن يلزم علفه ويجاهد عليه **(فإن رد فكالمنقطع)** ابن الحاجب: لا يشترط قبول الموقوف عليه إلا إن كان معيناً وأهلاً، فإذا رد بذلك فقيل يرجع ملكاً، وقيل يكون لغيره وذلك من نص ابن رشد إن حبسه عليه بعينه فأبى أن ينفي رجع إلى صاحبه وإلا دفع لغيره. وللشيخ: من أمر بشيء لسائل فلم يقبله دفع لغيره. وقال مالك: من جمع له ثمن كفن ثم كفنه رجل من عنده رد ما جمع لأهله. قال ابن رشد: هذا موافق للمدونة إن فضلت للمكاتب فضلة ردت على الذين أعانوه انتهى. انظر نحو هذا في أول نوازل ابن سهل فيمن طاع بمال لأسير فهرب ذلك الأسير وأتى قومه بلا فداء. قال بعضهم: ذلك كالذي أخرج كسرة لمسكين فلم يجده. وقال ابن زرب: بل يرد إلى صاحبه كما في سماع أصبغ في الجنائز أن مالكاً قال في قوم جمعوا دراهم يكفنون بها ميتاً فكفنه رجل من عنده: أن الدراهم ترد إلى أهلها. وقاله ابن القاسم. وفي سماع عبد الملك فيمن أوصى بدنانير تنفق في بناء دار محبسة فاستحقت أن الدنانير ترد إلى الورثة. وفي نوازل ابن الحاج في قبر انظر فصل الوصية من ابن سلمون **(واتبع شرطه إن جاز)** ابن الحاجب: مهما شرط الواقف ما يجوز له اتبع كتخصيص مدرسة أو رباط أو أصحاب مذهب بعينه. الزاهي: لو شرط الواقف ما يجوز أن يبدأ من غلتها بمنافع أهله ويترك إصلاح ما يتخرم منه بطل شرطه انتهى. وانظر كثيراً ما يتفق أن يترك الحبس بلا إصلاح والمحبس عليه يستغله، هل يلزمه في ماله إصلاح ما وهي منه؟ انظر بعد هذا عند قوله «لا يشترط إصلاحه». وفي نوازل ابن سهل: إن ترك الوكيل جنات المحجور عليه وكرومه وأهمل عمارتها حتى تبورت ويبست، فعليه قيمة ما نقص منها لتضييعه إياها. وذكر هذه المسألة في الحبس. وإن من كسر خشبة أعاد البنيان كما كان ولا يؤخذ منه قيمته. ومن ابن عرفة إن كان علو وسفل لرجلين فلرب العلو رد تحبيس ذي السفل سفله لأنه إن فسد منه شيء لم يجد من يصلحه له وكذا العكس **(لتخصيص مذهب أو ناظر)** ابن عرفة: النظر في الحبس لمن جعله إليه محبسه. المتيطي: يجعله لمن يوثق به في دينه وأمانته، فإن غفل المحبس عن ذلك كان النظر فيه للقاضي يقدم له

....

يجوز أن يستثنى من الحبس في الرباع إن وجد ثمناً رغيباً فقد أذنت في بيع ذلك وأن يبتاع بثمن ذلك ربعاً مثله لأن هذا لا يقع فيه من الحاجة إلى بيع ذلك والعذر في تغييره ما وقع في البيع عند الحاجة، وإن استثناه مستثن جاز ومضى. انتهى ونقله ابن سلمون أيضاً. ومن ذلك اشتراط إخراج البنات من الوقف إذا تزوجن، وحصل ابن رشد فيها بعد الوقوع والنزول أربعة أقوال، ولنذكر كلام العتبية وكلامه برمته لما فيه من الفوائد. قال في العتبية في أثناء الرسم الأول من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس: قال مالك: من حبس حبساً على ذكور ولده وأخرج البنات منه إذا تزوجن فإني لا أرى ذلك جائزاً له. قال ابن القاسم: فقلت لمالك: أترى أن يبطل ذلك ويسجل الحبس؟ قال: نعم وذلك وجه الشأن فيه. قال ابن القاسم: ولكن إذا فات ذلك فهو على ما حبس. قال ابن القاسم: إن كان المحبس حياً ولم يحز الحبس فأرى أن يفسخه ويدخل فيه الإناث، وإن كان قد حيز أو مات فهو كفوت ويكون على ما جعله عليه.

قال ابن رشد: ظاهر قول مالك هذا أن الحبس لا يجوز ويبطل على كل حال خلاف مذهب ابن القاسم في أنه يمضي إذا فات ولا ينقض. وفوت الحبس عندي أن يحاز عن المحبس على ما قاله في هذه الرواية أو يموت، يريد أو يموت بعد أن حيز عنه ورأى أن الحبس إذا لم يحز عن المحبس عنه أن يبطل الحبس ويدخل الإناث فيه، وظاهر قوله وإن كره ذلك المحبس عليهم مراعاة لقول من يقول إن الصدقات والهبات والأحباس لا تلزم ولا يجب الحكم بها حتى تقبض، وقد رُوي عن مالك أن ذلك مكروه من العمل. فعلى قوله هذا لا يفسخ الحبس إلا أن يرضى المحبس عليهم بفسخه وهم كبار. وذهب محمد بن المواز إلى أن ذلك ليس باختلاف من قول مالك فقال إنما يفعل ما قاله مالك من فسخ الحبس وأن يجعله مسجلاً إنما ذلك ما لم يأبه من حبس عليهم، فإن أبوا لم يجز له فسخه ويقر على ما حبس وإن كان حياً إلا أن يرضوا له برده وهم كبار. قال مالك: إن لم يخاصم فليرد الحبس حتى يجعله على صواب، ظاهره إن كان لم يحز عنه وهو على قياس القول بأن ذلك عنده مكروه من الفعل. وقال ابن القاسم: وإن خوصم فليقره على حاله. ومعنى ذلك على مذهبه إن كان قد حيز عنه وهو الذي ذهب إليه من التأويل في هذه المسألة عن ابن القاسم من أنه فرق في هذه الرواية في فسخ الحبس بأن يحازي عنه أو لا يحاز. وقد تأول على ما حكاه محمد بن المواز عن مالك وابن القاسم أنه ليس له أن يفسخ الحبس وإن كان ذلك لم يحز عنه إلا بإذن المحبس عليهم ورضاهم، وقد تأول أيضاً أن له أن يفسخه وإن كان قد حيز عنه وإن أبى المحبس عليهم مراعاة لقول من لا يرى إعمال الحبس جملة وهو ظاهر قول ابن القاسم في رسم شك بعد هذا من هذا السماع، وفي رسم نذر. وتأول على قولك مالك في هذه الرواية أن الحبس يفسخ على كل حال وإن مات المحبس عنه بعد أن حيز عنه الحبس، فيتحصل على هذا في المسألة أربعة أقوال: أحدها قول مالك هذا أن الحبس يفسخ على كل حال وإن مات المحبس بعد أن حيز

عنه الحبس ويرجع لملكه. والثاني أن المحبس يفسخه ويدخل فيه البنات وإن حيز عنه. والثالث أنه يفسخه ويدخل فيه البنات ما لم يحز عنه فإن حيز عنه لم يفعل إلا برضا المحبس عليهم. والرابع أنه لا يفسخه ويدخل فيه الإناث وإن لم يحز عنه إلا برضا المحبس عليهم انتهى.

وقال اللخمي: وإخراج البنات من الحبس اختلف فيه على ثلاثة أقوال: فقال مالك في المجموعة أكره ذلك. وقال في العتبية: إن إخراج البنات إن تزوجن فالحبس باطل. وقال ابن القاسم: إن كان المحبس حياً فأرى أن يفسخه ويدخل فيه البنات، وإن حيز أو مات فات وكان على ما حبسه عليه. وقال أيضاً: إن كان المحبس حياً فليفسخه ويجعله مسجلاً وإن مات لم يفسخ فجعل له أن يرده بعد الحوز ويجعله مسجلاً ما لم يمت. وقال ابن شعبان: من أخرج البنات أبطل وقفه وهذا مثل قول مالك في العتبية فعلى القول الأول يكره، فإن نزل مضى، وعلى القول الآخر يبطل إن لم يشركهم فيه، وعلى أحد قولي ابن القاسم يفسخ ما لم يحزه، وعلى القول الآخر يفسخ وإن حيز ما لم يفت انتهى. ونقل ابن عرفة كلامهما برمته. وقال إثر كلام ابن رشد: قلت في قوله «هو على قياس قوله أنه مكروه» نظر لأن المكروه إذا وقع أمضى ولم يفسخ، وذكر الأربعة ابن زرقون وقال: الأولان تأولا على قول مالك في سماع ابن القاسم، والثالث ظاهر قول ابن القاسم في سماعه، والرابع قول محمد. وقال الباجي قبل ذكرها ابن زرقون قال: قال ابن القاسم: إن فات ذلك مضى على شرطه وإن كان حياً ولم يحز عنه فأرى أن يرده ويدخل فيه البنات ونحوه لعيسى عن ابن القاسم وأنكره سحنون.

قلت: انظر هل هذا زائد على الأربعة أو هو تقييد لما سوى الأول منها وأن الثلاثة إنما هي ما لم يمت فإن مات مضى وهو أبين. ثم قال: ففي الحبس على البنين دون البنات مطلقاً أو إن تزوجن أربعة. ابن رشد: وخامسها جوازه، وسادسها كراهته، وسابعها فوته بحوزه وإلا فسخه ودخل فيه البنات للوقار، ورواية ابن عبدوس واللخمي عن أول قولي ابن القاسم انتهى. فعلى المشهور من أن إخراجهن لا يجوز مطلقاً سواء بعد أن تزوجن أو قبل يتحصل في ذلك بعد الوقوع والنزول خمسة أقوال: الأول: أن الحبس يفسخ على كل حال وإن حيز عنه أو مات بعد أن حيز عنه ويرجع لملكه، وهو قول مالك في العتبية. الثاني: أنه يفسخ ويرجع لمالكه ما لم يحز عنه، وهو قول ابن القاسم على ما نقله اللخمي عنه. الثالث: أنه يفسخ ويدخل فيه البنات وإن حيز عنه وهو متأول على قول مالك في العتبية. الرابع: أنه يفسخ ويدخل فيه البنات ما لم يحز عنه لم يدخلن إلا برضا المحبس عليهم، وهو ظاهر قول ابن القاسم في هذا السماع. والخامس: أنه لا يفسخ ويدخل فيه الإناث وإن لم يأخذ عنه إلا برضا المحبس عليهم، وهو قول محمد بن المواز عنه والله أعلم. ومن ذلك ما نقله اللخمي وغيره ونصه: وإن حبس داراً وشرط على المحبس عليه أن يرمها إن احتاجت لم يصح ذلك ابتداء وذلك كراء وليس بحبس. فإذا نزل فقال في المدونة: مرمتها من غلتها فأجاز الحبس وأسقط الشرط. وقال محمد: يرد الحبس

....

ما لم يقبض انتهى. وذكر مسائل من هذا المعنى فيما لا يجوز ابتداء، واختلف فيه بعد الوقوع والنزول فراجعه والله أعلم. وقال في نوازل ابن رشد: وسئل عمن حبس حبساً وشرط في حبسه أنه إن تمادى به العمر واحتاج رجع في حبسه وباعه وأنفقه على نفسه هل ينفذ الحبس ويجوز الشرط، أو ينفذ الشرط ويبطل الحبس. فأجاب بأن قال: الشرط الذي ذكرت إن كان في التحبيس يوجب صرف الحبس بعد موت المحبس إلى معنى الوصية على مذهب مالك وأصحابه، فإن كان قد مات نفذ الحبس من ثلثه إن حمله الثلث وإن لم يحمله فما حمل منه الثلث.

فروع: الأول: قال في رسم الأقضية الثالث من سماع أشهب من كتاب الحبس: وسئل عن الرجل يحبس الحائط صدقة على المساكين، أيقسم بينهم تمراً أم يباع ثم يقسم الثمن بينهم؟ فقال: ذلك يختلف وذلك إلى ما قال فيه المتصدق أو إلى رأي الذي يلي ذلك واجتهاده إن كان المتصدق لم يقل في ذلك شيئاً إن رأى خيراً أن يبيع ويقسم ثمنه، وإن رأى خيراً أن يقسم ثمره قسمه ثمراً فذلك يختلف، فربما كان الحائط نائياً بالمدينة، فإن حمل أضر ذلك بالمساكين حمله، وربما كان في الناس الحاجة إلى الطعام فيكون ذلك خيراً لهم من الثمن فيقسم إذا كان هكذا فهو أفضل وخير. وهذه صدقات عمر بن الخطاب رضي الله عنه منها ما يباع فيقسم ثمنه ومنها ما يقسم ثمراً. ابن رشد: هذا بين على ما قاله أن ذلك يصرف إلى اجتهاد الناظر في ذلك إن لم يقل المتصدق في ذلك شيئاً، وإن قال شيئاً أو حد فيه حداً وجب أن يتبع قوله في صدقته ولا يخالف فيما حده انتهى. ونقله ابن بطال في مقنعه ولفظه. وفي المستخرجة من سماع أشهب: من حبس حائطاً على المساكين إن لم ينص الميت في ذلك شيئاً فلمتولي النظر فيه الاجتهاد، إن رأى بيع الثمرة وقسم ذلك ثمناً فعل، وإن رأى خيراً للمساكين قسمته ثمراً فعل، فرب حائط يبعد عن المدينة فيضر بهم حمله، وربما كانت بالناس حاجة إلى الطعام فيكون قسمته ثمراً خيراً لهم، وهذه صدقات عمر تباع ثمرته ويقسم ثمنها فإنما ذلك على النظر للمساكين انتهى. ونقله في الذخيرة عن الأبهري عن مالك.

الثاني: قال في المسائل الملقوطة: من أوقف وقفاً على منافع الجامع صرف في العمارة والحصر والزيت وغير ذلك ولا يعطى منه الإمام والمؤذن. ذكر ذلك الحفيد في مختصره الصغير. وكل جامع مسجد ولا ينعكس انتهى. قال ابن رشد في نوازله: من أوقف على منافع مسجد وقفاً صرف في منافعه من بناء وحصر وبناء ما رث من الجدرات أنه لا يدخل في ذلك الإمام، فإن صرف للإمام شيء من غلة الوقف فلا يرجع به عليه ولا ضمان على من دفع ذلك إليه لأن المحبس لما لم ينص أنه داخل في التحبيس ولا على أنه خارج حكمنا بظاهر اللفظ فلم يدخل إلا بيقين، وإذا قبض شيئاً لم يغرمه إياه إلا بيقين ولا يقين عندنا في ذلك لاحتمال أن يكون المحبس قد أراد بحبسه خلاف ظاهر لفظه، ولعل إيهام ذلك تقصير من الكاتب.

الثالث: قال البرزلي في مسائل الحبس: سئل القابسي عمن حبس كتباً وشرط في

تحبيسه أنه لا يعطى إلا كتاب بعد كتاب، فإذا احتاج الطالب إلى كتابين أو تكون كتباً شتى فهل يعطى كتابين منها أم لا يأخذ منها إلا كتاباً بعد كتاب؟ فأجاب: إن كان الطالب مأموناً واحتاج إلى أكثر من كتاب أخذه لأن غرض المحبس أن لا يضيع، فإذا كان الطالب مأموناً أمن هذا، وإن كان غير معروف فلا يدفع إليه إلا كتاب واحد، وإن كان من أنواع العلوم خشية الوقوع في ضياع أكثر من واحد.

قلت: تقدم بعض أحكام شروط الحبس من كلام أبي عمران وغيره، وظاهره أنه لا يتعدى ما شرطه لقوله عليه السلام «المسلمون عند شروطهم»[1]. وظاهر ما في هذا السؤال أنه يراعى قصد المحبس لا لفظه، ومنه ما جرى به العرف في بعض الكتب المحبسة يشترط عدم خروجها من المدرسة وجرت العادة في هذا الوقت بخروجها بحضرة المدرسين ورضاهم، وربما فعلوا ذلك في أنفسهم ولغيرهم وهو والله أعلم لما أشار إليه هذا الشيخ لا لفظه. ومثله ما فعلته أنا في مدرسة الشيخ التي بالقنطرة غيرت بعض أماكنها مثل الميضأة ورددتها بيتاً ونقلتها إلى محل البئر لانقطاع الساقية التي كانت تأتيها، ورددت العلو المحبس على عقبة المذكور بيوتاً لسكنى الطلبة بعد إعطاء علو من المحبس يقوم مقامه في المنفعة بموجب مذكور في محله وكزيادة في رواتب طلبة لما أن كثروا ويدخل شيء من خراجها بحيث لو كان المحبس حاضراً لارتضاه، وكان ذلك كله برضا الناظر في الحبس النظر التام كيف ظهر له الصواب يعطي حسبما ذلك مذكور في كتاب التحبيس. وعلى مراعاة لفظ المحبس في شرطه أفتى بعض أصحابنا فيمن بنى مدرسة وجعل فيها بيوتاً للسكنى وشرط في أصل تحبيسها أن لا يسكنها إلا من يصلي الصلوات الخمس في مسجدها إن لم يكن إماماً في غيرها، وأن يحضر الحزب المرتب فيها لقراءة القرآن إن كان قارئاً ويحضر الميعاد في وقته ومن لم يفعل ذلك فليس له سكنى. فأجاب بأن الشروط المذكورة يجب الوفاء بها ولا يجوز مخالفتها. ومن هذا المعنى الدخول للمدارس لقضاء الحاجة بها والوضوء والشرب من مائها وهو لم يكن من أهلها ولا أعدت الميضأة والشرب إلا لأهلها، فسألت شيخنا الإمام عنها فأجاب: إنه إن كان من جنس أهلها ساغ له ذلك لأن الحبس لأهل ذلك الصنف وهو غير معين، فمتى وجد ذلك الصنف جرى حكمه على ما صح لأهلها، فإن كان من غير صنف أهل ذلك الحبس فلا يجوز له. وكذلك عارية بيت للسكنى من بعض أهل الحبس، فإن كان المستعير من أهل ذلك الحبس جاز وإلا لم يجز لوجهين: لفقدان شرط التحبيس عادة والتصرف في المنفعة بالهبة وهو لم يؤذن له في نفسه فقط. ووقعت هذه المسألة بالديار المصرية فسئلت عن المسألة فأجبت بمنع عاريتها، ثم إني فعلت ذلك استعرت بيتاً في مدرسة شيخون وآخر في الناصرية فتعقب ذلك

(١) رواه البخاري في كتاب الإجارة، باب ١٤. أبو داود في كتاب الأقضية باب ١٢.

. . . .

من فعلي ما ذكره فأجبت بما قال شيخنا فسلم ذلك لي انتهى. وذكره أيضاً قبل هذا في مسائل الشركة وذكر ذلك مع مسألة النزول في الوظائف.

الرابع: قال في المسائل الملقوطة: سئل الشيخ تقي الدين: إذا وقف كتاب على عامة المسلمين وشرط أن لا يعار إلا برهن، فهل يصح هذا الرهن أم لا؟ فأجاب: لا يصح هذا الرهن لأنها غير مأمونة في يد موقوف عليه، ولا يقال لها عارية أيضاً بل الآخذ لها إن كان من أهل الوقف مستحقاً للانتفاع فيده عليها يد أمانة، فشرط أخذ الرهن عليها فاسد، ويكون في يد الخازن للكتب أمانة لأن فاسد العقود في الضمان كصحيحها والرهن أمانة. هذا إذا أريد الرهن الشرعي، وأما إن أريد مدلوله لغة وأن يكون تذكرة فيصح الشرط لأنه غرض صحيح، وأما إذا لم يعلم مراد الواقف فيحتمل أن يقال بالبطلان بالشرط حملاً على المعنى الشرعي، ويحتمل أن يقال بالصحة حملاً على المعنى وهو الأقرب لصحته انتهى.

الخامس: إذا خص مسجداً بمعينين فقال في أسئلة الشيخ عز الدين بن عبد السلام فيمن بنى مسجداً وشرط في وقفه أن لا يتولاه إلا مالكي المذهب مثلاً، فهل يجب اتباع شرطه وتكون ولاية من خالفه باطلة أم لا؟ وإذا وجب اتباعه وتولاه من هو على شرطه ثم انتقل إلى مذهب آخر، هل تفسخ ولايته أم لا؟ وإذا لم يتحقق هذا الشرط من الواقف ولكن الغالب على أهل ذلك البلد اتباع مذهب كأهل الإسكندرية ومصر، فهل يتنزل هذا منزلة الشرط، وما حكم الائتمام بهذا الإمام؟ فأجاب: إن وقف الواقف على مذهب معين لم يجز أن يتناوله غيره، وإن خص المسجد بمعنيين لم يختص بهم، وإذا غلب في بعض البلاد مذهب على أئمة المساجد بحيث لا يكون فيها غيره حمل الوقف على ذلك ولا يستحقه من ينتقل عن مذهبه إلى مذهب آخر، وإن كان هذا الإمام معتقداً لجواز ما يتناول ذلك فلا بأس بالائتمام به، وإن كان يعتقد تحريمه فالائتمام به اقتداء بفاسق والله أعلم.

السادس: قال في المسائل الملقوطة: من ولاه الواقف على وظيفة بأجرة فاستناب فيها غيره ولم يباشر الوظيفة بنفسه فإنه لا يجوز له تناول الأجرة ولا لنائبه لأنه لم يباشر الوظيفة بنفسه، وما عين له الناظر لا يستحقه إلا بمباشرته بنفسه ولا عين الناظر النائب في الوظيفة فما تناولاه حرام. قاله الشيخ جمال الدين الأقفهسي المالكي. انتهى يعني استناب فيها في غير أوقات الأعذار، وأما إذا استناب في أيام العذر له تناول ريع الوقف وأن يطلق لنائبه ما أحب من ذلك الريع، ونقله القرافي في الفرق الخامس عشر والمائة والله أعلم.

فرع: قال البرزلي في مسائل البيوع: سألت شيخنا الفقيه الإمام رحمه الله، هل يجوز أن يأتي بوظيفة القراءة التي عليه في الصلاة؟ فقال: لكنه جعله إجارة انتهى. **ص: (أو ناظر) ش:** قال ابن عرفة: والنظر في الحبس لمن جعله إليه محبسه. المتيطي: يجعله لمن يثق به في دينه فإن

غفل المحبس عن ذلك كان النظر فيه للحاكم يقدم له من يرتضيه ويجعل للقائم به من كرائه ما يراه سداداً على حسب اجتهاده انتهى.

قلت: قوله «فإن غفل المحبس عن ذلك كان النظر فيه للحاكم» هذا والله أعلم إذا لم يكن المحبس عليه معيناً مالكاً أمر نفسه، وأما إن كان مالكاً أمر نفسه ولم يول المحبس على حبسه أحداً فهو الذي يجوز ويتولاه، يدل على ذلك غالب عبارات أهل المذهب في كتاب الحبس وكتاب الصدقة وكتاب الهبة من المدونة وكلام المصنف في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب وشرط الوقف حوزه صريح في ذلك، وانظر مسألة رسم شك في طوافه من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس ففيها إشارة إلى ذلك، وذكر فيها أن الناظر على الحبس إذا كان سيىء النظر غير مأمون فإن القاضي يعزله إلا أن يكون المحبس عليه مالكاً أمر نفسه ويرضى به ويستمر. وفي رسم استأذن من سماع عيسى مسألة تتعلق بالناظر قال فيها: إنه لا يوصي بالنظر عند موته ولكن إن كان المحبس حياً كان النظر له فيمن يقدمه. وإن كان مات فإن كان المحبس عليهم كباراً أهل رضا تولوا حبسهم بأنفسهم وإلا قدم السلطان بنظره، وإن كان للمحبس وصي كان النظر له إلا أن يكون المحبس قال لمن ولاه إذا حدث بك الموت فأسنده إلى من شئت فإنه يسنده لمن شاء، وإن أوصى وصياً على ماله وعلى من كان في حجره كان له النظر في الحبس والله أعلم. وفي سماع سحنون مسألة تدل على أن المحبس عليهم إذا كانوا كباراً تولوا حبسهم بأنفسهم. وفي أحكام ابن سهل ما يدل على ذلك في مسألة كراء الأحباس مدة طويلة وهي في آخر ترجمة قطيع محبس باعته المحبسة، وفي مسألة الدار المحبسة على رجلين أكراها أحدهما. وانظر النوادر في ترجمة الحبس يزاد فيه أو يعمر من غلته وكراء الحبس السنين الكثيرة.

تنبيهات: الأوّل: قال في النوادر: ومن المجموعة قال: قال ابن كنانة فيمن حبس حبساً وجعل امرأته تليه وتقسمه بين بنيها بقدر حاجتهم فكانت تلي ذلك فماتت قال: يلي ذلك من ورثتها أهل حسن الرأي منهم. انتهى من ترجمة جامع مسائل مختلفة من الأحباس والعمرى والخدمة. وهذا لعله في بلد ليس فيه حاكم أو فيه ولا يصل إليه ولا يلتفت للنظر في الأحباس أو يكون نظره فيها سبباً لهلاكها وضيعتها والله أعلم. ثم قال بعد ذلك في ترجمة حوز الأب على من يولى عليه: ومن كتاب ابن المواز قال ابن القاسم: وإذا حبس على أولاده الكبار والصغار حبساً ووكل من يقوم به فذلك له، فإن بلغوا كلهم فأرادوا القيام بالحبس فليس لهم ذلك لأنه لم يرض بهم والوكيل يقوم بحاله. قال محمد: ولو لم يكن فيهم كبير يوم وكل فلهم إذا كبروا قبض حبسهم، فأما إن كان فيهم كبير فهو بمنزلة أن لو كانوا كباراً كلهم يومئذ انتهى. وما قاله محمد إذا كانوا صغاراً كلهم ووكل عليهم أن لهم إذا كبروا قبض حبسهم إنما يكون ذلك والله أعلم إذا فهم أن ذلك مراد المحبس أو صرح بذلك وإلا فالظاهر أنه لا

يتزع من الناظر ما كان بيده. ثم قال: قال ابن القاسم: فإن مات الوكيل فليس له أن يوصي به إلى غيره إلا أن يكون جعل ذلك الأب إليه، قال أصبغ: وليرجع القيام بذلك إلى المحبس أو وصيه. انتهى فتأمله.

الثاني: علم من كلام ابن القاسم أن الواقف إذا جعل النظر لشخص فليس للناظر أن يوصي بالنظر لأحد غيره إلا أن يجعله له الواقف، وقد تقدم ذلك أيضاً في مسألة رسم استأذن من سماع عيسى وأنه ليس له أن يوصي به إلا أن يقول له اجعله إلى من شئت. ويؤخذ ذلك أيضاً مما نقله في التوضيح في باب الأقضية كل من ملك حقاً على وجه يملك معه عزله فليس له أن يوصي به كالقاضي والوكيل ولو مفوضاً وخليفة القاضي للأيتام وشبه ذلك انتهى.

الثالث: لو غاب الناظر في بلدة بعيدة واحتاج الحبس إلى من ينظر في بعض شأنه، فهل للقاضي أن ينظر في ذلك أو يوقف الأمر حتى يأتي الغائب؟ الظاهر أن للقاضي أن ينظر في ذلك ويمضي ما فعله في غيبة الناظر، وليس للناظر إبطال ما فعله القاضي في غيبته، ولم أر في ذلك نصاً إلا فتيا وجدت منسوبة لبعض المالكية يسمى عليّ بن الجلال وصورتها: ما تقول السادات العلماء في درس بمكة به مدرس وطلبة وناظر وقفه غائب بالقاهرة فشغرت وظيفة طلب بالدرس المذكور بحكم وفاة من كان بها، فولّى قاضي مكة تلك الوظيفة شخصاً لغيبة الناظر على الوقف المذكور بالقاهرة أو غيرها من البلاد الشاسعة، فهل تصح توليته أم لا؟ وإذا صحت التولية فهل للناظر بعد أن بلغه تولية القاضي المذكور أن يولي شخصاً آخر خلاف من ولاه القاضي معتقداً أن القاضي لا نظر له أو ليس له ذلك؟ فأجاب: ولاية قاضي مكة للشخص المذكور الوظيفة عند غيبة الناظر للمدرسة الغيبة البعيدة وشغور الوظيفة عمن كان بها بموته صحيحة واقعة بمحلها لأنه ولي من لا ولي له كالمرأة إذا غاب وليها واحتاجت إلى التزويج فليس للناظر إبطال ما وقع من توليه الحاكم والحالة هذه والله أعلم. وكتبه عليّ بن الجلال المالكي، وأجاب بمثل ذلك الشافعية والحنيفة والحنابلة. وأجاب سراج الدين عمر البلقيني الشافعي بما نصه: نعم يصح تولية القاضي الوظيفة لمن ذكر، وليس للناظر أن يولي شخصاً آخر خلاف من ولاه القاضي والاعتقاد المذكور غير صحيح. وأجاب الشيخ إبراهيم الأنبابي الشافعي بما أجاب به البلقيني، وكذا أجاب كل من الشيخ محمد بن أحمد السعودي الحنفي والشيخ عبد المنعم البغدادي الحنبلي بمثل ذلك والله أعلم. وبذلك أيضاً أفتى بعض أهل العصر وقال: للقاضي أن يقرر في ذلك وينظر، واحتج بأن أصل مذهب مالك القضاء على الغائب في سائر الحقوق إذا كانت غيبته غيبة بعيدة وبأن من يريد التقرير مثلاً في الوظيفة في الوقف له شبه الحق على الناظر في وجوب إنفاذ أمر الواقف وعدم تعطيل وقفه، فإذا عين القاضي المذكور من هو أهل لها كان كحكمه عليه فيما يدعي به، وقد قال أهل المذهب فيما إذا ادّعى على غائب بدين ساغ للحاكم أن يبيع دار الغائب لقضاء الدّين، ثم إذا قدم الغائب ببراءة أو بما

....

يترك عنه الحق أن البيع ماض ويتبع بالثمن من أخذه، فإذا مضى حكم القاضي على الغائب فيما هو ملك له شرعاً، فأحرى أن يمضي التقرير في الوظيفة المذكورة إذ ليس ملكاً له، ويشهد لذلك أنه إذا غاب ولي المرأة زوجها الحاكم، وبما قاله أيضاً في ترجمة القضاء على الغائب من النوادر ونصه: قال عبد الملك: إذا كان الغائب صغيراً لم يضرب له أجلاً لأنه لو حضر لم يكن يدافع عن نفسه ولا أخذ لها ولكن إن كان في ولاية أحد غائب ضرب لوليه أجلاً، وإن حضر خاصم عنه، وإن لم يحضر حكم عليه وأشهد، وإن لم يكن عليه ولي فليول عليه الحاكم ولياً يكون ولياً له في هذه الخصومة وغيرها، ثم يحكم عليه وليه له ولا يخصه بالولاية في هذه الخصومة فقط فيكون قد نصب له وكيلاً يخاصم عنه وهذا لا يكون. انتهى كلام المفتي. وقوله «وإن لم يحضر حكم عليه وأشهد» لم أرها في النوادر ورأيتها بخط المفتي مزادة في الهامش والله أعلم. ويبقى هنا مسألة وهي لو جعل الواقف النظر في ذلك لشخص غائب عن البلد وإقامته إنما هي في بلدة أخرى ولا يمكن أن يأتي إلى بلد الواقف كما لو جعل النظر في حبسه الذي بمكة لمن كان سلطاناً بمصر، فالظاهر هنا أنه ليس للقاضي أن ينظر في ذلك ويوقف الأمر إلى أن يعلم ما يأمر به الناظر فتأمله والله أعلم.

الرابع: قال ابن عرفة: لو قدم المحبس من رأى لذلك أهلاً فله عزله واستبداله. سمع ابن القاسم: من حبس على بنات له وقد بلغن فخزن أموالهنّ وكان عمهنّ يلي حبسهنّ فاتهمنه في غلتهنّ وطلب بعضهنّ أن يوكل لحقه، فإن كان حسن النظر لم يكن له ذلك، وإن كان على غير ذلك جعل معه من يوكله بذلك. ابن رشد: معناه أن العم قدمه المحبس ولو كان بتقديمهنّ له لكان لمن شاء منهنّ توكيل غيره على حقها ولم يكن للسلطان في ذلك نظر. وقوله «إن كان على غير ذلك» يريد سيىء النظر أو غير مأمون وإنما رأى أن توكل لحقها ولم تعزله لأنه رضيه بعضهنّ ولو لم ترضه واحدة منهنّ لعزله القاضي عنهنّ ولو كن غير مالكات لأنفسهن لوجب تقديم السلطان غيره. وقال ابن دحون: لو اتهمه جميعهنّ لكان لهنّ عزله وإنما بقي لأنهنّ اختلفن في تهمته وفي قوله نظر.

قلت: قول ابن دحون هو معنى متقدم قول ابن رشد فتأمله. ونزلت في حبس حبسته حرة أخت أمير بلدنا وجعلته بيد شيخنا ابن عبد السلام على أنه يدرس به ثم نقلته لشيخنا ابن سلامة فقبله وشهد في العزل والتولية جميع الشهود الذين كانوا حينئذ منتصبين للشهادة وعللوا ذلك بالتفريط اهـ. ولكن في استدلاله بالمسألة المذكورة لذلك نظر لا يخفى فتأمله. وقال البرزلي: وسأل ابن دحون ابن زرب عن الوصي يتخلى عن النظر إلى رجل آخر قال: ذلك جائز وينزل منزلته. قيل له: فلو أراد العودة في نظره؟ قال: ليس له ذلك وقد تخلى منه إلى الذي وكله.

....

قلت: يؤخذ من هذا أن من حبس شيئاً وجعله على يد غيره ثم أراد عزله فليس له ذلك إلا بموجب يظهر كالقاضي إذا قدم أحداً. ونزلت بشيخنا الإمام وكان يقدم على أحباسه من يستحسنه ويعزل من يظهر له عزله وهو عندي صواب. لأن نظر المحبس أقوى من نظر القاضي في حبسه فلا يتسور عليه فيه ما دام حياً كما له التقديم في حياته وبعد مماته من غير أن ينظر عليه أحد من قاض أو غيره انتهى والله أعلم.

الخامس: قال ابن عرفة ابن فتوح: للقاضي تقديم من ينظر في أحباس المسلمين ولا يرتفع تقديمه بموته ويرتفع برفعه من ولي بعده انتهى. قال البرزلي: وفي الوثائق المجموعة: إذا قدم القاضي أحداً على الحبس فلا يعزله من جاء بعده إلا بموجب لأنه كحكمه في القضايا انتهى.

السادس: قال ابن عرفة عن ابن فتوح: للقاضي أن يجعل لمن قدمه للنظر في الأحباس رزقاً معلوماً في كل شهر باجتهاده في قدر ذلك بحسب عمله وفعله الأئمة. ابن عتاب عن المشاور: لا يكون أجره إلا من بيت المال، فإن أخذها من الأحباس أخذت منه ورجع بأجره في بيت المال، فإن لم يعط منها فأجره على الله. وإنما لم يجعل له فيها شيء لأنه تغيير للوصايا، وبمثل قول المشاور أفتى ابن ورد وقال: لا يجوز أخذ أجرته من الأحباس إلا أن يحمل على من حبس. وخالفه عبد الحق وابن عطية وقال: ذلك جائز لا أعلم فيه نص خلاف انتهى. ونقل البرزلي كلام عبد الحق وابن عطية والله أعلم.

السابع: قال البرزلي: وسئل السيوري عن إمام مسجد ومؤذنه ومتولي جميع أموره قام عليه محتسب بعد أعوام في غلة حوانيت له وقال فضلت فضلة عما أنفقت وقال لم يفضل شيء، فقال له بين للقاضي صفة الخروج. فقال: لا يجب علي ذلك ولو علمت أنه يجب علي ما توليته ولا قمت به ولا يوجد من يقوم به إلا هو ولولا هو لضاع، هل يقبل قوله أم لا؟ فأجاب: القول قوله فيما زعم أنه أخرجه إذا كان يشبه ما قال. البرزلي: وهذا إذا لم يشترط عليه دخلاً ولا خرجاً إلا بإشهاد انتهى.

الثامن: قال في النوادر: القائم بالحبس إذا قال أعمرها من مالي ثم قال إنما عمرتها من الغلة جاز. قال: فإن قال من الغلة أنفقت فقد أنفذ الوصية، وإن قال من مالي عمرتها حلف ورجع بذلك في الغلة ولا يضره قوله أعمرتها من مالي انتهى. ويفهم منه أن للقائم على الحبس أن يستقرض عليه ويعمره والله أعلم.

التاسع: لا يجوز للقاضي ولا للناظر التصرف إلا على وجه النظر، ولا يجوز على غير

من يقتضيه ويجعل للقائم به من كرائه ما يراه سداداً على حسب اجتهاده. ابن عرفة: فلو قدم المحبس

أَوْ تَبْدِئَةِ فُلَانٍ بِكَذَا، وَإِنْ مِنْ غَلَّةِ ثَانِي عَامٍ، إِنْ لَمْ تَقُلْ مِنْ غَلَّةِ كُلِّ عَامٍ أَوْ أَنَّ مَنِ ٱحْتَاجَ مِنَ الْمُحْبَّسِ عَلَيْهِ بَاعَ،

ذلك، ولا يجوز للقاضي أن يجعل بيد الناظر التصرف كيف شاء. وتقدم كلام البرزلي في آخر الإقرار عند قوله «وإن أبرأ فلاناً» ص: **(أو تبدئة فلان بكذا وإن من غلة ثاني عام إن لم يقل من غلة كل عام)** ش: تصوره واضح وكلامه شامل لما فرضه في المدونة من تبدئة فلان من غلة ثاني عام، ولما فرضه المتيطي من تبدئته من غلة العام الماضي إن كان بقي منها شيء والغلة والمبالغة بأن في قوله «وإن من غلة ثاني عام» ترشد لذلك فتأمله. قال في كتاب الوصايا الثاني من المدونة: ومن أوصى لرجل بدينار من غلة داره كل سنة، أو بخمسة أوسق من غلة حائطه كل عام والثلث يحمل الدار أو الحائط، فأخذ ذلك عاماً ثم بار ذلك أعواماً، فللموصى له أخذ وصية كل عام ما بقي من غلة العام الأول شيء فإن لم يبق منه شيء، فإذا أغل ذلك أخذ منه لكل عام مضى ولم يأخذ منه شيئاً. ولو أكروا الدار في أول سنة بعشرة دنانير فضاعت إلا ديناراً كان ذلك للموصى له لأن كراء الدار لا شيء للورثة منه إلا بعد أخذ الموصى له منه وصيته، وكذلك غلة الجنان أو غيره. ولو قال أعطوه من غلة كل سنة خمسة أوسق أو من كراء كل سنة ديناراً لم يكن له أن يأخذ غلة سنة عن سنة أخرى لم تغل، ولو أكريت الدار أول عام بأقل من دينار أو جاءت النخل بأقل من خمسة أوسق لم يرجع بتمام ذلك في عام بعده انتهى. ولو طلب أن يوقف له من غلة العام الأول شيء أو يعطاه في الصورة الأولى، فهل يجاب إلى ذلك في الصورة الأولى؟ قال اللخمي: وإن اغتلت أول سنة عشرة دنانير وأخذ ديناراً وبقي تسعة نظر في ذلك، فإن كانت الدار مأمونة أنها لا تبور أو إن بارت تأتي كل سنة بأكثر من دينار أخذ الورثة هذه التسعة، وإن كان يخشى أن لا تأتي بذلك وقف منها ما يخاف أن لا يأتي به إلا أن يكون الوارث مأموناً غير ملد ولا ممتنع ورضي أن يأخذها في ذمته فيكون أحق بها لأن له فيها شبهة الملك والوقف غير مفيد للموصى له انتهى. ص: **(أو أن من**

من رآه لذلك أهلاً فله عزله واستبداله **(أو تبدئه فلان بكذا وإن من غلة ثاني عام إن لم يقل من غلة كل عام)** المتيطي: إذا شرط المحبس في حبسه أن ينفق من غلته على فلان كذا في كل عام أو يخرج منه كذا ربعاً من زيت لمسجد كذا، أو شرط ذلك لنفسه حياته جاز إن كان المستثنى أقل من الثلث وإلا بطل الحبس إن كان هو الحائز على من يلي، وإن كان الحائز من قبض لنفسه بطل ما وقع فيه الشرط انتهى. وانظر فرق بين أن يقول يجري من غلة حبسي على فلان كل عام كذا وكذا، وبين أن يجري على فلان من غلة كل عام كذا وكذا، ففي الوجه الواحد يقول إن لم يكن في هذا العام غلة أخذ مثل ذلك من العام الآخر، وفي الوجه الآخر لا شيء له **(أو أن من احتاج إليه من المحبس عليه باع)** تقدم نص ابن شاس بهذا عند قوله «ولا التأبيد». وفي كتاب ابن المواز قال مالك:

وإِنْ تَسَوَّرَ عَلَيْهِ قَاضٍ أَوْ غَيْرُهُ رَجَعَ لَهُ أَوْ لِوَارِثِهِ: كَعَلَى وَلَدِي، وَلاَ وَلَدَ لَهُ، لاَ بِشَرْطِ إِصْلاَحِهِ عَلَى مُسْتَحِقِّهِ: كَأَرْضٍ مُوظَّفَةٍ، إِلاَّ مِنْ غَلَّتِهَا عَلَى الأَصَحِّ، أَوْ عَدَمِ بَدْءٍ بِإِصْلاَحِهِ، أَوْ بِنَفَقَتِهِ. وَأُخْرِجَ السَّاكِنُ

احتاج إليه من المحبس عليه باع وإن تسور عليه قاض أو غيره رجع له أو لوارثه)
ش: قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب «والوقف لازم ولو قال لي الخيار» ما نصه: قد قال جماعة إن المحبس إذا شرط في حبسه أنه إن ذهب قاض أو غيره إلى التسور على حبسه أو النظر فيه فجميع حبسه راجع إليه إن كان حياً أو إلى ورثته أو صدقة لفلان إن له شرطه. وكذلك قالوا: إذا شرط إن من احتاج من المحبس عليهم باع الحبس أنه يصح هذا الشرط، ولزم المحبس عليه إثبات حاجته واليمين على ذلك إلا أن يشترط المحبس أنه مصدق فله البيع من غير إثبات انتهى. وقال البرزلي: قال في الوثائق

من حبس داره على ولده وقال في حبسه إن احتاجوا أو اجتمع ملؤهم على بيعها باعوها واقتسموا الثمن بينهم بالسواء ذكورهم وإناثهم فهلكوا جميعاً إلا واحداً فأراد بيعها فقال مالك: ذلك له ولا حق فيها لأحد من ولد بنات المحبس إن طلبوا ميراثهم. وقاله ابن القاسم، لأنه بتلها خاصة في صحته فليس لسواهم من ورثة أبيهم فيها حق **(وإن تسوّر عليه قاض أو غيره رجع له أو لورثته)** المتيطي: إن شرط المحبس في حبسه أنه إن نظر قاض أو غيره في حبسه هذا فجميعه راجع إليه إن كان حياً، أو لورثته إن كان ميتاً، أو صدقة بتلة على فلان فله شرطه **(كعلى ولدي ولا ولد له)** ابن المواز قال مالك: من حبس على ولده ولا ولد له فله أن يبيع، فإن ولد له فلا بيع. وقال ابن القاسم: ليس له أن يبيع حتى يؤيس له من الولد، وأما إن مات الأب قبل أن يولد له فلا حبس ويصير ميراثاً **(لا بشرط إصلاحه على مستحقه)** من المدونة قال ابن القاسم: من حبس داراً على رجل وولده وولد ولده، واشترط على الذي حبس عليه إصلاح ما يرث منها من ماله لم يجز وهذا كراء مجهول، ولكن يمضي ذلك وتكون مرمتها من غلتها لأنها فاتت في سبيل الله فلا يشبه البيوع. وقد قال مالك: إن حبس على رجل فرساً واشترط عليه نفقته سنة أو سنتين ثم هو له ملك بعد الأجل أنه لا خير فيه إذ قد يهلك قبل تمام السنتين فيذهب علفه باطلاً **(كأرض موظفة إلا من غلتها على الأصح)** للمتيطي في هذا كلام طويل ومنه: إذا تصدق على مساكين أو مسجد بملك موظف نظر القاضي في ذلك، فإن كان قبوله بوظيفة نظراً للمسجد أو للمساكين قبله وأمضى الحبس أو الصدقة وإلا فسخ ذلك ورده على صاحبه، وكذلك الأب فيما تصدق به كذلك على ولده. راجع كتاب الصدقة من المتيطي **(أو عدم بدء بإصلاحه)** تقدم قول ابن شعبان: شرط الواقف البداءة بمنافع الموقوف عليه على إصلاحه باطل. انظر عند قوله «واتبع شرطه» **(ونفقة)** انظر أنت ما المراد بهذا؟ هل هو يعني ما تقدم من قبل قوله «فإن رد فكمنقطع» وقد تقدم أن من دفع فرساً لمن يغزو عليه سنتين وينفق عليه فيهما ثم هو له ملك أنه لا خير فيه **(وأخرج الساكن**

الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ لِلسُّكْنَى، إِنْ لَمْ يُصْلِحْ لِتُكْرَى لَهُ، وَأُنْفِقَ فِي فَرَسٍ لِكَغَزْوٍ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ، فَإِنْ عُدِمَ: بِيعَ، وَعُوِّضَ بِهِ سِلاَحٌ: كَمَا لَوْ كَلِبَ، وَبِيعَ مَا لاَ يُنْتَفَعُ بِهِ مِنْ غَيْرِ عَقَارٍ فِي مِثْلِهِ، أَوْ شِقْصِهِ. كَأَنْ أُتْلِفَ، وَفَضْلُ الذُّكُورِ وَمَا كَبِرَ مِنَ الإِنَاثِ فِي إِنَاثٍ،

المجموعة: إذا لم يقل يصدق فعليه إثبات الحاجة ويحلف أنه لا مال له باطن يكتمه ولا ظاهر يعلمه فحينئذ يبيعه انتهى. وقال المتيطي: فإن شرط المحبس أن من ادعى منهم حاجة فهو مصدق فيصدق وينفذ الشرط، ومن ادعى منهم حاجة ولم يثبت غناه انطلق يده على بيعه انتهى. والمسألة الأولى في كلام المؤلف هنا الثانية في كلام التوضيح، وأصلها في رسم سلعة سماها من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس. قال: سئل مالك عن رجل جعل داراً له حبساً صدقة على ولده لا تباع إلا أن يحتاجوا إلى بيعها، فإن احتاجوا إليها

الموقوف عليه للسكنى إن لم يصلح لتكرى له) اللخمي: النفقة على الحبس ستة أقسام: قسم نفقته من غلته إن كان على مجهول أو على المحبس عليه إن كان على معين وذلك ديار الغلة والحوائط والفنادق ونفقتها إن احتاجت إلى إصلاح من غلتها، وإن كانت الديار للسكنى خير المحبس عليه بين أن يصلح أو يخرج فتكري بما تصلح به ثم يعود **(وأنفق في كفرس لغزو من بيت المال فإن عدم بيع وعوض به سلاح)** اللخمي: وقسم لا ينفق عليه من غلته كان على معين أو مجهول وذلك الخيل لا تؤاجر في النفقة، فإن كانت حبساً في السبيل فمن بيت المال، وإن لم يكن بيعت ويشترى بالثمن ما لا يحتاج إلى نفقته كالسلاح والدروع، وإن كانت حبساً على معين أنفق عليها فإن قبلها على ذلك وإلا فلا شيء له **(كما لو كلب)** من المدونة قال مالك: ما ضعف من الدواب المحبسة في سبيل الله حتى لا يكون فيه قوة على الغزو بيعت واشترى بثمنها ما ينتفع به من الخيل فيجعل في السبيل. قال ابن القاسم: فإن لم يبلغ ثمن فرس أو هجين أو برذون فليعن بذلك في ثمن فرس. قال ابن وهب عن مالك: وكذلك الفرس يكلب ويخبث. قال ابن القاسم: وما بلي من الثياب المحبسة ولم يبق فيها منفعة بيعت واشترى بثمنها ثياب ينتفع بها فإن لم تبلغ تصدق به في السبيل **(وبيع ما لا ينتفع به من غير عقار في مثله أو شقصه)** ابن شاس: روى ابن القاسم: ما سوى العقار إذا ذهبت منفعته التي وقف لها كالفرس يكلب أو يهرم بحيث لا ينتفع به فيها. وقوله «أو الثوب يخلق» بحيث لا ينتفع به في الوجه الذي وقف له وشبه ذلك أنه يجوز بيعه ويصرف ثمنه في مثله ويجعل مكانه، فإن لم يصل إلى كامل من جنسه جعل في شقص من مثله انظر عند قوله «كما لو كلب» **(كأن أتلف)** ابن شاس: من هدم حبساً من أهل الحبس أو من غيرهم فعليه أن يرد البنيان كما كان ولا تؤخذ منه القيمة، وأما إن قتل حيواناً وقف كالعبد والدابة أخذت منه القيمة فاشترى بها مثله وجعل وقفاً مكانه، فإن لم يوجد مثله فشقص من مثله. ابن عرفة: ظاهر المدونة أن الواجب في الهدم القيمة مطلقاً. انظر هذا مع ما تقدم عند قوله «واتبع شرطه» **(وفضل الذكور وما كبر من الإناث في إناث)** ابن عرفة: ولد الحيوان المحبس

لاَ عَقَارٌ وَإِنْ خَرِبَ، وَنَقْضٌ

واجتمع ملؤهم على ذلك باعوا فاقتسموا ثمنها، الذكر والأنثى فيه سواء. فهلكوا جميعاً إلا رجلاً منهم فأراد بيعها إذ ذلك له وقد احتاج إلى بيعها. قال: نعم فقيل له: إن امرأة ثم وهي بنت أخت الباقي الذي يريد أن يبيع وهي من بنات المحبس قالت إن بعت فأنا آخذ

مثله سمع ابن القاسم ما ولدت بقرات حبست يقسم لبنها في المساكين من أنثى حبست معها ويحبس ولدها الذكر لنزوها، وما فضل من ذكورها وما كبرت من أنثى فذهب لبنها بيعاً ورد ثمنهما في إناث أو في علوفتها. ابن رشد: وهذا قول المدونة ما ضعف من دواب حبس السبيل أو بلي من ثيابه فذهبت منفعته بيع ورد من ثمن الدواب في خيل، فإن لم تبلغ ثمن فرس أو هجين أو برذون أعين به في ثمن فرس ورد ثمن الثياب في ثياب، فإن قصر من ثمن ما ينتفع به فرق في السبيل **(لا عقار وإن خرب)** ابن عرفة من المدونة وغيرها: يمنع بيع ما خرب من ربع الحبس مطلقاً. قال ابن الجهم: إنما لم يبع الربع المحبس إذا خرب لأنه يجد من يصلحه بإجارته سنين فيعود كما كان. ابن رشد: وفيها لربيعة أن الإمام يبيع الربع إذا رأى ذلك لخرابه وهو إحدى روايتي أبي الفرج عن مالك اهـ من ابن عرفة ثم قال: في جواز المناقلة لربع غير خرب قولا الشيخ في رسالته وابن شعبان. وعبارة الرسالة: ولا يباع الحبس وإن خرب ثم قال: واختلف في المعاوضة بالربع الخرب بربع غير خرب. وقال ابن رشد: إن كانت هذه القطعة من الأرض المحبسة انقطعت منفعتها جملة وعجز عن عمارتها وكرائها، فلا بأس بالمعاوضة فيها بمكان يكون حبساً مكانها ويكون ذلك بحكم من القاضي بعد ثبوت ذلك السبب والغبطة في ذلك للعوض عنه ويسجل ذلك ويشهد به اهـ. وانظر من عهد بمال ليشتري به ملك فيحبس ليس هذا الحبس كمن يشتري ملكاً لنفسه فحبسه، لأن هذا إنما اشترى الحبس للإيصاء إليه بذلك فلم ينتقل الملك عما كان عليه، وتحبيسه إنما هو إعلام فإنه إنما اشترى من مال الموصي على ما أوصى به إليه، هكذا في نوازل عياض عن ابن رشد. وانظر أيضاً من باب بيع ما اشترى من وفر فوائد أحباس المساجد إذا احتيج لبيعه، وانظر في النوازل المذكورة قد ذكر عن ابن الحاجب ما يعارض هذا **(ونقض)** الزاهي: لا يباع نقض المحبس، وأجاز بعض أصحابنا بيعه ولا أقوله. وفي الطرر عن ابن عبد الغفور: لا يجوز بيع مواضع المساجد الخربة لأنها وقف، ولا بأس ببيع نقضها إذا خيف عليه الفساد للضرورة إلى ذلك، وتوقيفه لها إن رجي عمارتها أمثل، وإن لم يرج عمارتها بيع وأعين بثمنها في غيره أو صرف النقض إلى غيره وحكى عن أحمد أنه إن فقد أهل المسجد ولم ترج له عمارة أنه يباع أصله وينفق في أقرب المساجد إليه، وهو شبيه بما قيل في الفرس المحبس يكلب، ويذكر عن ابن مزين أنه يؤخذ نقضه وينتفع به في سائر المساجد ويترك ما يكون علماً له لئلا يدرس أثره. ونحوه حكى ابن حبيب عن غير ابن القاسم. قال الموثق: جرى العمل عندنا ببيع ما لا نفع فيه، وكذلك قال المشاور في شقص محبس على المساكين أو غيرهم أنه يباع الجميع ويشترى ما يقع منه للحبس مثل ما بيع فيه فيكون صدقة محبسة مسبلة كما سبلها

وَلَوْ بِغَيْرِ خَرِبٍ إلاَّ لِتَوْسِيعٍ: كَمَسْجِدٍ، وَلَوْ جَبْراً،

ميراثي من أمي. قال: لا أرى لها في ذلك شيئاً. قال ابن القاسم: ولو اجتمع ملؤهم على بيعها قسموا ثمنها على الذكر والأنثى سواء لأنها صدقة حازوها، وليست ترجع بما يرجع المواريث إلى عصبة الذي تصدق بها. ابن رشد: قوله: «إلا أن يحتاجوا إلى بيعها» يريد أو يحتاج أحدهم إلى بيع حظه منها قل الحبس لكثرة عددهم أو كثر لقلتهم فيكون لهم ويبطل الحبس فيه ويكون ثمنه مالاً من ماله، وكذلك إن احتاجوا كلهم فباعوا كان الثمن لهم مالاً من مالهم على قدر حقهم في الحبس قلوا أو كثروا، فإن لم يبق إلا واحد فاحتاج فله الثمن كله وبطل الحبس في الجميع بشرط المحبس، ومن مات منهم قبل أن يحتاج سقط حقه إلا أنه إنما مات عن حبس لا يورث عنه ويرجع إلى من معه في الحبس ولا يورث شيء منه عن محبس انتهى.

فروع الأول: قال في المتيطية: وإذا قدم المحبس رجلاً على الحوز لبنيه الصغار وجعل له البيع عليهم إن احتاجوا فأجاز ذلك أحمد. ابن بقي: وقال ابن لبابة ومحمد بن القاسم: ليس للمقدم بيع الحبس حتى يثبت عند القاضي العذر الذي له يبيع والسداد في الثمن وليس الوكيل كالمحبس عليه انتهى.

صاحبها. قال: وبه العمل. قال: وهي في الواضحة منصوصة. وأفتى ابن عرفة في جوامع خربت وأيس من عمارتها برفع أنقاضها إلى مساجد عامرة احتاجت إليها **(ولو بغير خرب)** قد تقدم نص المدونة: لا يباع الحبس وإن خرب واختلف في المعاوضة به وكذلك نقلها ابن عرفة مسألتين. وكذلك خليل **(إلا لتوسيع كمسجد)** سحنون: لم يجز أصحابنا بيع الحبس بحال إلا داراً بجوار مسجد احتيج أن يضاف إليها ليتوسع بها فأجازوا بيع ذلك ويشترى بثمنها دار تكون حبساً، وقد أدخل في مسجد النبي ﷺ دور محبسة كانت تليه. ابن رشد: ظاهر سماع ابن القاسم أن ذلك جائز في كل مسجد كقول سحنون. وفي النوادر عن مالك والأخوين وأصبغ وابن عبد الحكم أن ذلك إنما يجوز في مساجد الجوامع إن احتيج إلى ذلك ولا في مساجد الجماعات إذ ليست الضرورة فيها كالجوامع. وعن عبد الملك: لا بأس ببيع الدار المحبسة وغيرها، ويكره الناس السلطان على بيعها إذا احتاج الناس إليها لجامعهم الذي فيه الخطبة، وكذلك الطريق إليها لا إلى المساجد الذي لا خطبة فيها والطرق التي في القبائل لا قوام. قال مطرف: وإذا كان النهر بجانب طريق عظمى من طرق المسلمين التي يسلك عليها العامة فحفرها حتى قطعها، فإن أهل تلك الأرض التي حولها يجبرون على بيع ما يوسع به الطريق **(ولو جبراً)** ابن رشد: واختلف متأخرو الشيوخ إن امتنعوا من البيع للمسجد فقال أكثرهم: تؤخذ منهم بالقيمة جبراً وهو الآتي على سماع ابن القاسم أنه لا يحكم عليهم بجعل الثمن في دار أخرى

وَأُمِرُوا بِجَعْلِ ثَمَنِهِ لِغَيْرِهِ وَمَنْ هَدَمَ وَقْفاً. فَعَلَيْهِ إِعَادَتُهُ، وَتَنَاوَلَ الذُّرِّيَّةُ، وَوَلَدُ فُلانٍ وَفُلانَةَ، أَوْ الذُّكُورُ وَالإِنَاثُ وَأَوْلادُهُمْ الحَافِدَ،

الثاني: قال البرزلي: قال مالك فيمن حبس على ولده حبساً وشرط لهم إن احتاجوا باعوا ذلك فلحقهم دين، أن لأصحاب الدين بيع الحبس من أجل ما شرطه المحبس لهم من البيع عند حاجتهم انتهى. والمسألة في العتبية في رسم أخذ يشرب خمراً من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس. سئل مالك عمن تصدق على ابنتين بدار على وجه الحبس وكتب لهما في كتاب صدقته إن شاءتا باعتا وإن شاءتا أمسكتا، فرهق ابنتيه دين كثير داينتا به الناس فقام عليهما الغرماء وقالوا نحن نبيع الدار قد كتب أبوكما في صدقته إن شئتما بعتما وإن شئتما أمسكتما. قال مالك: صدقوا في ذلك لهم أن يبيعوا الدار حتى يستوفوا. قال ابن رشد: لمالك في كتاب ابن المواز خلاف قوله هذا أنه ليس للغرماء ذلك وهو الذي يأتي على ماله في كتاب التفليس من المدونة في الرجل يفلس وله أم ولد ومدبرون ولهم أموال، أنه ليس للغرماء أن يجبروه على أن يأخذ أموالهم فيقضيها إياهم ولا لهم أن يأخذوا إلا أن يشاء هو أن يفعل ذلك انتهى. قال البرزلي بعد نقله المسألة: قلت: قد يفرق بينهما بأن منفعة الدار حاصلة الآن للديانة ورقبتها كذلك للحاجة إليها وقد انفك الحبس عنها ومال العبد الأصل أنه له حتى ينتزعه بدليل شرائه وهو يضاف للعبد لا للسيد بدليل جواز بيعه بحاله على المعروف، فالأصل بقاؤه على ملكه حتى يحدث فيه السيد حدثاً يدل على الانتزاع، ولا يخالف هذا الأصل مسألة النذور والأيمان على تأويل فيها وبعض مسائل العتق انتهى.

الثالث: تقدم عند قول المصنف: «واتبع شرطه» حكم ما إذا شرط المحبس أنه إن وجد في الحبس ثمن رغبة فقد أذنت في البيع ويبتاع بثمنه ربعاً مثله ص: **(وتناول الذرية وولدي فلان وفلانة الخ)** ش: تصوره واضح.

ابن عرفة في هذا نظر انتهى. انظر قد ذكروا نظائر لهاتين المسألتين من انهارت بئره والماء لمن به عطش والمحتكر، ومثل جار الطريق جار الساقية، وكذلك العلج لفداء مسلم، والفرس يطلبه السلطان إن لم يدفع له جبر الناس، والفدان في قرب الجبل إذا احتاج الناس إليه لتخلصهم لأجل وعره. **(وأمروا بجعل ثمنه في غيره)** تقدم قول ابن عرفة «في قول ابن رشد نظر» وتقدم نص سحنون «ويشترى بثمنها داراً تكون حبساً» **(ومن هدم وقفاً فعليه إعادته)** تقدم هذا عند قوله «كأن أتلف» **(وتناول الذرية وولد فلان وفلانة أو الذكور والإناث وأولادهم الحفيد)** أما الذرية فقال ابن رشد: اختلف الشيوخ في الذرية والنسل؛ فقيل إنهما بمنزلة العقب والولد لا يدخل فيه ولد البنات على مذهب مالك. وقيل: إنهم يدخلون فيها. وفرق ابن العطار فقال: النسل كالولد

لاَ نَسْلِي، وَعَقْبِي، وَوَلَدِي، وَوَلَدِ وَلَدِي، وَأَوْلاَدِي، وَأَوْلاَدِ أَوْلاَدِي، وَبَنِيَّ وَبَنِي بَنِيَّ،

مسألة: إذا حبس على ولده وقال فلان وفلان ولم يسم الآخرين فهل يدخلون؟ قال المشذالي في الوصايا الأول: قال الوانوغي: لو حبس على ولده وقال فلان وفلان ولم يسم الآخرين فهل هذه المسألة كمسألة الشيوخ المشهورة في أحكام ابن زياد فيمن أوصى وقال جعلت النظر على ولدي فلان وفلان إلى فلان وفي أولاده من لم يسم، فهل الإيصاء قاصر على المسمين أو لا؟ فيه تنازع بين ابن زرب وغيره. فهل مسألة التحبيس مثلها أو لا؟ فقال بعض المشارقة: ليس مثلها لا يدخل في الحبس ويدخل في الإيصاء، والفرق بينهما أن الوصية بالأولاد قد علم المقصود بها وهو القيام بهم وهو مظنة التعميم فالتسمية ليست للتخصيص، وأما في الوقف فالمقصود فيه صرف المنافع ويجوز قصرها على بعض دون بعض فيصح أن يقال للتسمية أثر. قال المشذالي: قلت: وهذا فرق لا بأس به. قال الوانوغي: وفي نوازل ابن رشد نحوه اهـ. ص: **(وولدي وولد ولدي وأولادي وأولاد أولادي وبني وبني بني)** ش: ينبغي أن يكون مراد المصنف أن الواقف إذا قال وقف على ولدي وولد ولدي أو قال على أولادي وأولاد أولادي أو قال على بني وبني بني، فإن الحفيد لا يتناوله

والعقب لا يدخل فيه ولد البنات بخلاف الذرية فتشمل ولد البنات اتفاقاً لقوله تعالى ﴿ومن ذريته داود﴾ إلى قوله تعالى ﴿وعيسى﴾ [الأنعام: ٨٤] وهو ولد بنت. ابن رشد: صحيح في أن ولد بنت الرجل من ذريته وكذا نقول في نسله وعقبه انتهى. وأما ولدي فلان وفلانة وأولادهم فقال ابن رشد: أما إذا قال حبست على ولدي ويسميهم بأسمائهم ذكورهم وإناثهم ثم يقال وعلى أولادهم، فإن ولد البنات يدخلون في ذلك على مذهب مالك وجميع أصحابه، وما روي عن ابن زرب فهو خطأ. وأما لفظ الذكور والإناث وأولادهم فقال ابن رشد: إذا قال حبست على أولادي ذكورهم وإناثهم ولم يسمهم بأسمائهم ثم قال وعلى أعقابهم، فالظاهر من مذهب مالك أن أولاد البنات يدخلون في ذلك كما لو سمى بخلاف إذا قال أولادي ولم يقل ذكورهم وإناثهم للعلة التي قدمنا من أن لفظ الأولاد لا يوقعه الناس إلا على الذكور دون الإناث **(لا نسلي)** قال ابن العطار النسل كالولد وجعل ابن رشد الخلاف فيه وفي الذرية واحداً فانظر أنت هذا **(وعقبي وولدي)** ابن رشد: لا فرق عند أحد من العلماء بين لفظ العقب والولد في المعنى. فإذا قال المحبس حبست على ولدي أو على أولادي ولم يزد على ذلك فيكون الحبس على أولاده دنية الذكران والإناث وعلى أولاد بنيه الذكران دون الإناث، ولا يدخل في ذلك أولاد البنات على مذهب مالك للإجماع على أن ولد البنات لا ميراث لهم **(وولد ولدي وأولادي وأولاد أولادي وبني وبني بني)** ابن رشد: إذا قال حبست على ولدي وولد ولدي أو على أولادي وأولاد أولادي، فذهب جماعة من الشيوخ إلى أن ولد البنات يدخلون في ذلك وهو ظاهر اللفظ، وروى ابن وهب وابن عبدوس عن مالك أنه لا شيء

وَفِي عَلَى وَلَدِي وَوَلَدِهِمْ. قَوْلَانِ وَالإِخْوَةُ الأُنْثَى، وَرِجَالُ إِخْوَتِي، وَنِسَاؤُهُمْ الصَّغِيرَ وَبَنِي أَبِي إِخْوَتَهُ الذُّكُورَ، وَأَوْلَادَهُمْ، وآلِي، وَأَهْلِي العَصَبَةَ، وَمَنْ لَوْ رُجِّلَتْ عَصَّبَتْ وَأَقَارِبِي أَقَارِبَ جِهَتَيْهِ مُطْلَقاً؛ وَإِنْ نَصْرَى، وَمَوَالِيهِ المُعْتَقَ، وَوَلَدَهُ وَمُعْتَقَ أَبِيهِ وابْنِهِ، وَقَوْمُهُ

هذا اللفظ. وليس مراده أن الواقف أتى بلفظة من الألفاظ الستة فقال وقف على ولدي أو قال على ولد ولدي أو قال على أولادي أو قال أولاد أولادي أو قال على بني أو قال: بني بني، فإنه يفوته التنبيه على ما إذا جمع بين اللفظين والخلاف فيه قوي، فإن ابن العطار نص على أن أهل قرطبة كانوا يفتون بدخولهم قال: وقضى به محمد بن السليم بفتوى أهل زمانه. قال ابن رشد: وهو ظاهر اللفظ لأن الولد يقع على الذكر والأنثى. فإذا قال على ولدي أو على أولادي وولد ولدي فهو بمنزلة قوله على أولادي ذكورهم وإناثهم وعلى أعقابهم، وأما إذا قال وقف على ولدي وعلى أولادي فالمعروف من المذهب عدم دخولهم، وكذلك ينبغي أن يكون الحكم إذا قال على ولد ولدي فقط فتأمله والله أعلم. ص: **(وبني أبي إخوته الذكور وأولادهم)** ش: يريد الإخوة الأشقاء والإخوة للأب ولا يدخل في ذلك الإخوة للأم، وكان المصنف اعتمد على أنه إذا لم يدخل في ذلك الأخوات الأشقاء والأخوات للأب مع أنهم

لولد البنات. انظر المقدمات فكأنه رشح أن لا شيء لولد البنات ثم قال: وأما لفظ «البنين» في قوله حبست على بني أو على بني وبنيهم فالحكم في ذلك كالحكم في لفظ الولد والعقب **(وفي ولدي وولدهم قولان)** ابن رشد: وأما إذا قال حبست على ولدي وأولادهم، فروى ابن أبي زمنين لا يدخل أولاد البنات في هذا الحبس بهذا اللفظ ودخولهم به أبين وبه قضى ابن القاسم **(والإخوة الأنثى)** ابن شعبان: لفظ «إخوتي» يشمل إخوته ولو لأم فقط ذكورهم وإناثهم **(ورجال إخوتي ونساؤهم الصغار)** ابن شعبان: لفظ رجال إخوتي ونسائهم يشمل أطفال ذكورهم وإناثهم **(وبنو أبي أخوته الذكور وأولادهم)** ابن الحاجب: ويتناول بنو أبي إخوته الذكور وأولادهم الذكور. ابن عرفة عن ابن شعبان: لفظ بنو أبي يشمل إخوته لأبيه وأمه وإخوته لأبيه فقط ومن كان ذكراً من أولادهم خاصة مع ذكور ولده ابن شاس: هذا يشعر أنه لا يرى دخول الإناث تحت قوله «بني» وهو خلاف ما تقدم في الرواية في لفظ البنين **(وآلي وأهلي العصبة ومن لو رجلت لعصبت)** ابن القاسم: الآل الأهل سواء وهم العصبة والبنات والعمات لا الخالة. الباجي: يريد العصبة ومن في عقدهم من النساء. ابن عرفة: فتدخل بنات العم **(وأقاربي أقارب جهتيه مطلقاً وإن قصوا)** مالك: من أوصى لأقاربه قسم على الأقرب فالأقرب بالاجتهاد ولا يدخل في ذلك ولد البنات. قال عيسى: وينظر فيه على قدر ما يرى وينزل فربما لم يدع غير ولد البنات وولد الخالات. ابن يونس: يريد فيعطوا حينئذ. ابن القاسم: ولا يدخل الخال ولا الخالة ولا قرابته من قبل الأم إلا أن لا يكون له قرابة من قبل الأب **(ومواليه المعتق وولده ومعتق أبيه وابنه)** من المدونة: من أوصى بثلثه لموالي فلان وله موال أنعموا عليه وموال أنعم

عَصَبَتُهُ فَقَطْ، وَطِفْلٌ وَصَبِيٌّ، وَصَغِيرٌ مِنْ لَمْ يَبْلُغْ وَشَابٌّ، وَحَدَثٌ لِلأَرْبَعِين، وَإِلاَّ، فَكَهْلٌ لِلسِّتِّينَ، وَإِلاَّ فَشَيْخٌ وَشَمِلَ الأُنْثَى. كَالأَرْمَلِ،

من أولاد أبيه، فأحرى الإخوة للأم لخروجهم بقوله بني أبي. وقوله «وأولادهم» يعني الذكور كما صرح به في الرواية.

تنبيه: زاد في الرواية أنه يدخل مع ذكور إخوته وأولادهم الذكور ذكور ولده لأنهم من ولد أبيه. قال في الجواهر: ولو قال على بني أبي دخل فيه إخوته لأبيه وأمه وإخوته لأبيه ومن كان ذكراً من أولادهم خاصة مع ذكور ولدهم انتهى. وقاله ابن شعبان في الزاهي. ص: **(ومواليه المعتق)** ش: ولم يتكلم رحمه الله على دخول المولى الأعلى، بل ظاهر كلامه أنه لا يدخل وهو كذلك إن لم يقم دليل على إرادته على مذهب المدونة. قاله ابن عرفة. وفي دخول المولى الأعلى مع الأسفل إن لم يقم دليل على إرادة أحدهما فقط قولان لأشهب ونص وصاياها انتهى. ص: **(وشمل الأنثى كالأرمل)** ش: تصوره ظاهر. وسئلت عن وقف على من كان بمكة من فقراء الأندلس القاطنين بها، فهل يدخل

عليهم كان لمواليه الأسفلين دون الأعلين. قال مالك: وإن كان له موال من قبل أبيه وموال من قبل أمه وموال من قبل قرابة يوارثونه، فليبدأ بالأقرب فالأقرب دنية ويعطي الآخرون منه إن كان في المال سعة إلا أن يكون في الأبعد من هو أحوج من الأقارب فيؤثرون عليه ويبدأ أهل الحاجة أباعد وغيرهم وما في ذلك أمر بين غير ما يستدل عليه من كلامه ويرى أنه أراده. ابن شاس: لفظ «الموالي» يشمل الذكور والإناث، واختلف فيمن يدخل معهم في الحبس، فروى أنه يدخل معهم موالي أبيه وموالي ابنه وموالي الموالي **(وقومه عصبته فقط)** ابن شعبان: لفظ القوم هو خاص بالرجال العصبة دون النساء لقوله تعالى ﴿لا يسخر قوم من قوم ولا نساء من نساء﴾ [الحجرات: ١١] وقال زهير: أقوم آل حصن أم نساء. ابن عرفة: وقبل هذا الباجي **(وطفل وصبي وصغير ممن لم يبلغ منهم وشاب وحدث لأربعين وإلا فكهل للستين وإلا فشيخ وشمل الأنثى كالأرمل)** أما طفل وصبي وصغير ممن لم يبلغ من ذكر وأنثى فقال ابن شعبان: لو قال كل أطفال أهلي تناول من لم يبلغ الحلم ولا المحيض، وكذلك لو قال على صبيانهم أو صغارهم. وأما شاب وحدث لأربعين لمن بلغا من أنثى أو ذكر فقال ابن شعبان: لو قال على شبابهم أو على أحداثهم كان ذلك لمن بلغ من الذكور والإناث إلى أن يكمل أربعين عاماً. وأما كهل وشيخ فقال ابن شعبان: لو قال على كهولهم كان لمن جاوز الأربعين من ذكورهم وإناثهم إلى أن يكمل الستين. ولو قال على شيوخهم كان لمن جاوز الستين من الذكور والإناث. وأما الأرمل للذكر والأنثى فقال ابن شعبان: لو قال لأرملهم لكان للرجل الأرمل كالمرأة الأرملة لقوله: فمن لحاجة هذا الأرمل الذكر؟ انظر هل يكون هذا القائل قد قاله على وجه قول الآخر:

وَالْمِلْكُ لِلْوَاقِفِ، لاَ الغَلَّةُ، فَلَهُ وَلِوَارِثِهِ مَنْعُ مِنْ يُرِيدُ إِصْلاَحَهُ،

النساء إذا كن بهذه الصفات؟ فأجبت بما صورته: الظاهر دخولهن كما يؤخذ من كلام أهل المذهب في مسائل متعددة أعني المذكورة هنا وما أشبهها، وكما يشهد بذلك العرف وبدخولهن في قوله تعالى ﴿إنما الصدقات للفقراء﴾ [التوبة: ٦٠] الآية. من غير خلاف والله أعلم. ص: **(والملك للواقف)** ش: ظاهره حتى في المساجد. ونقل القرافي الإجماع على أن المساجد ارتفع عنها الملك وهو خلاف ما حكاه في أول الحبس من النوادر أن المساجد باقية أيضاً على ملك محبسها والله أعلم. ونصه في أثناء الترجمة الأولى في الاستدلال على جواز التحبيس والرد على شريح القائل لا حبس على فرائض الله وبقاء أحباس السلف دائرة، دليل على منع بيعها وميراثها، والمساجد والأحباس لم يخرجها مالكها إلى ملك أحد وهي باقية على ملكه وأوجب تسبيل منافعها إلى من حبست عليه فلزمه ذلك كما يعقد في العبد الكتابة والإجارة والإسكان وأصل الملك له، فليس للورثة حل شيء مما أوجب في المرافق وإن كان الملك باقياً عليه. انتهى فتأمله

اطبخوا لي جبة وقميصاً

وهذا هو الظاهر فإن قبل هذا البيت:

كم باليمامة من شعثاء أرملة ... ومن يتيم ضعيف الصوت والنظر

ثم قال:

كل الأرامل قد قضيت حاجتها ... فمن لحاجة هذا الأرمل الذكر

إلا أن أهل اللغة قد قالوا: إن الأرامل ينطلق على المساكين من رجال ونساء **(والملك للواقف)** ابن عرفة: صرح الباجي ببقاء ملك المحبس على حبسه وهو لازم تزكية الأحباس على ملك محبسها، فقول اللخمي الحبس يسقط ملك المحبس غلط **(لا الغلة)** ابن شاس: الموقوف عليه يملك الغلة والثمرة واللبن والصوف والوبر من الحيوان **(فله أو لوارثه منع من يريد إصلاحه)** ابن شعبان: لو خرب الوقف فأراد غير الواقف إعادته فللواقف أو وارثه منعه. قال ابن عبد السلام: لأن الحبس مملوك لمحبسه وكل مملوك لشخص لا يجوز تصرف غيره فيه بغير إذنه بوجه ابن عرفة: عندي على أصل المذهب في ذلك تفصيل؛ إن كان خراب الحبس لحادث نزل دفعة كوابل مطر أو شدة ريح أو صاعقة والأمر كما قالوه، وإن كان بتوالي عدم إصلاح ما ينزل به من هدم شيئاً بعد شيء أو من هو عليه يستقل ما بقي منه في أثناء توالي الهدم عليه كحال بعض أهل وقتنا من أئمة المساجد يأخذون غلته ويدعون بناه حتى يتوالى عليه الخراب المذهب كل المنفعة أو جلها، فهذا الواجب قبول من تطوع بإصلاحه ولا مقال بمنعه لمحبسه ولا لوارثه

وَلاَ يُفْسَخُ كِرَاؤُهُ لِزِيَادَةٍ وَلاَ يُقْسَمُ إِلاَّ مَاضٍ زَمَنُهُ،

والله أعلم. ص: (ولا يقسم إلا ما مضى زمنه) ش: مسألة: قال ابن عرفة: وفيما تجب به الثمرة لمن حبس عليه اضطراب يعني إذا كان المحبس عليه معيناً وذكر الخلاف في ذلك ثم قال: وإن لم يكونوا معينين كما لو حبس على رجل وعقبه ففي وجوبها بالطيب أو القسمة قولان.

قلت: عزاهما ابن زرقون لابن القاسم مع مالك وابن الماجشون قال: وثالثها لأشهب بالإبار انتهى. وما عزاه ابن زرقون لابن القاسم صرح به في كتاب الوصايا الثاني من المدونة ونبه على ذلك في التنبيهات، والرجراجي عزاه أيضاً لابن الحاجب وابن كنانة. قال الرجراجي: وإنما نبهت على إجماع المذهب أنها تكون غلة بالطيب في هذا الفصل وأين هم عما استخرجناه من الكتب واستشهدنا عليه بنصوص الأمهات والتوفيق بيد الله يؤتيه من يشاء انتهى. فقد علمت أن القول الذي عزاه لابن الماجشون هو مذهب المدونة. قال ابن عرفة: وأما الحبس على بني زهرة فلا يجب إلا بالقسم، فمن مات قبله سقط حظه، ومن ولد قبله ثبت حظه، ومسألة الوقف على الفقراء وعلى بني تميم ونحوهم ثم قال: قلت: والحبس على القراء بمواضع معينين كقراء جامع الزيتونة إن كان بقيد أن

لأن مصلحة قام بأداء حق عن ذي حق عليه لعجزه عن أدائه أو لدده (ولا يفسخ كراؤه لزيادة) المشاور: إن أكرى ناظر الحبس ربع الحبس بعد النداء عليه والاستقصاء ثم جاءت زيادة لم يكن له نقض الكراء ولا قبول الزيادة إلا أن يثبت بالبينة أن بالكراء الأول غبناً على الحبس فتقبل الزيادة ولو ممن كان حاضراً، وكذا الوصي في كرائه ربع يتيمه أو إجارته ثم يجد زيادة لم تنقض الإجارة. انظر هذا مع ما تقدم عند قوله «وكراء وكيل بمحاباة» أن للموكل أن يفسخ الكراء أو يجيز، وقبل قوله «وشاة واستثناء أربعة أرطال» وعند قوله «كوجيبة بشهر كذا» وعند قوله «فما حصدت فلك نصفه». وقال ابن عرفة: استمر العمل في كراء الناظر في حبس تونس أنه على قبول الزيادة (ولا يقسم إلا ماض زمنه) قال ابن عبد الحكم: لا يجوز لولي الصدقة أن يكريها بنقد لأنه قد يضع في ذلك وهو لا يقسم الكراء عليهم قبل كمال سكنى المكتري لأنه إنما يقسم على من يحضر يوم القسم، فمن ولد يوم القسم ثبت حقه، ومن مات قبله سقط. وإذا قسمه قبل أن يجب بالسكنى فقد يموت من أخذ منه قبل أن يجب له ويحرم من جاء قبل الوجوب ممن يولد بعد القسم. قال ابن عرفة: فيما يجب به بعد الثمرة لمن حبست عليه اضطراب. قال ابن رشد: من مات منهم بعد الطيب فحظه لورثته، ومن مات قبل الإبار لا شيء لوارثه اتفاقاً فيهما، فإن مات أحدهم بعد الإبار وقبل الطيب فخامس الأقوال راجعه فيه. وقال ابن يونس: لو ولد لأحدهم ولد بعد الإبار أو قبله كان حقه في الثمرة، وإن ولد بعد طيبها فلا

....

الثواب لمعين فهم كالأجراء، وتقدم كلام الشيوخ في المستأجر على الأذان والإمام يمرض بعض الأيام وإمام المسجد يموت وعليه دار محبسة وأهله بها، هل يخرج أو يقيم لتمام العدة، وإن كان الحبس لا بقيد كقراءة شفع المحراب بجامع الزيتونة فهم كالحبس على فلان وعقبه انتهى.

قلت: ومثله الحبس على فقراء الرباط الفلاني والمدرسة الفلانية، ومذهب المدونة في ذلك لا يستحقون إلا بالقسم.

تنبيه: على هذا القول إذا مات أحدهم وتقدم له فيها نفقة قال الرجراجي: فلا خلاف أن لورثته الرجوع بالنفقة لأن أصحابه قد انتفعوا بنفقته فيما عمله لهم. واختلف المتأخرون هل الرجوع بالأقل فيما أنفق، أو بما ينوبه من الثمرة، أو إنما يرجع بقيمة النفقة نقداً؟ وثمرة الخلاف إذا أجيحت الثمرة هل تسقط المطالبة وهو ظاهر المدونة، أم لا وهو

شيء له من ثمرة العام وله ذلك في المستقبل. قال ابن يونس: وإذا مات أحد المحبس عليهم قبل طيب الثمرة وقد تقدم له فيها نفقة أن لورثة الميت الرجوع بالنفقة لأن أصحابه انتفعوا بنفقته وهو قد مات قبل أن يجب له حق في الثمرة، ويستأنى به حتى تطيب الثمرة فيرجع الورثة عليهم بالأقل من نفقة الميت التي أنفق أو ما ينوبه من الثمرة بعد محاسبتهم لورثته بما أنفقوا هم أيضاً، ولو أجيحت الثمرة لم يكن لورثته شيء وقال بعض شيوخنا: إذا نقدت لميت نفقة فعلى أصحابه غرمها معجلاً لأنه كالاستحقاق إذا استحق الأصل أن عليه غرم السقي والعلاج. ابن يونس: وهذا أبين إلا أن يشاء وأن يبقوه على نصيب الميت في هذه الثمرة فلا تلزمهم نفقته. ثم نقل ابن عرفة عن الباجي: لو كانت أرضاً فحرثها من حبست عليه وهم معينون ثم ماتوا، خير ربها في إعطاء الوارث كراء الحرث أو يسلمها لهم بكرائها تلك السنة وإن لم يكونوا معينين كالحبس على رجل وعقبه. وقال ابن زرقون: ثالث الأقوال قول ابن القاسم ومالك أنها تجب لهم بالطيب لا بالقسم. قال ابن عرفة: وأما الحبس على بني زهرة فلا يجب إلا بالقسم من مات قبله سقط حظه، ومن ولد قبله ثبت حظه. وفي الاستغناء: إن مثل بني زهرة بنو تميم والمساكين والفقراء قال: والتفريق في ذلك كالتفريق في الزكاة والكفارة. قال: وإن رأى الناظر قسم ثمرة الحائط قسمها، وإن رأى بيعها وقسم ثمنها فذلك له. ومن مقرب ابن أبي زمنين: من حبست عليه دار وعلى عقبه أو غيرهم وجعل له فيها سكنى حياته لم يجز أن يكريها بالنقد، ويجوز أن يكريها سنين كثيرة بكراء منجم كلما انقضى نجم دفع كراءه. هذا مذهب ابن القاسم وابن وهب وروايتهما، وقد تقدم عند قوله «بموت مستحق» إن مات البطن الأول من ذوي الوقف بعد الإجارة قبل تمام مدتها انفسخت الإجارة في باقي المدة. ومن المنتقى: العمرى والحبس على معينين يقسم على الذكر والأنثى بالسواء، وعلى غير معينين كمن حبس على قوم وأعقابهم فإنه

وَأَكْرَى نَاظِرُهُ، إِنْ كَانَ عَلَى مُعَيَّنٍ. كَالسَّنَتَيْنِ، وَلِمَنْ مَرْجِعُهَا لَهُ كَالْعَشْرِ، وَإِنْ بَنَى مُحَبَّسٌ عَلَيْهِ فَمَاتَ وَلَمْ يُبَيِّنْ فَهُوَ وَقْفٌ،

ضعيف. انتهى باختصار. ص: (وإكراء ناظره إن كان على معين كالسنتين) ش: يعني أن الحبس إذا كان على معينين كبني فلان، فللناظر أن يكريه سنتين أو ثلاث سنين ولا يكريه أكثر من ذلك ولكن لا يكون كراؤه بالنقد. انظر النوادر في ترجمة الحبس يزاد فيه أو يعمر من غلته وكراء الحبس السنين الكثيرة.

فرع: قال في البيان في رسم الأقضية الأول من سماع أشهب من كتاب الصدقات: فإن وقع الكراء في السنين الكثيرة على القول بأنه لا يجوز فعثر على ذلك وقد مضى بعضها، فإن كان الذي بقي يسيراً لم يفسخ، وإن كان كثيراً فسخ على ما قاله في كتاب محمد اهـ.

قلت: ولم يبين حد اليسير، والظاهر أنه كالشهر والشهرين كما في مسألة كراء الوصي ربع الصغير ثم يتبين رشده. وذكر البرزلي في مسائل الحبس عن نوازل ابن رشد فيمن حبس على بني فلان أكرى أحدهم نصيبه خمسين عاماً فأجاب: إن وقع الكراء لهذه المدة على النقد فسخ، وفي جوازه على غير النقد قولان، الصحيح منهما عندي المنع. وهذا فيما ينفسخ فيه الكراء بموت المكري، وهذا كمسألتك، أما الحبس على المساجد والمساكين وشبههما فلا يكريها الناظر لأكثر من أربعة أعوام إن كانت أرضاً، أو أكثر من عام إن كانت داراً وهو عمل الناس ومضى عليه عمل القضاة، فإن أكرى أكثر من ذلك مضى إن كان نظراً على مذهب ابن القاسم وروايته ولا يفسخ انتهى. وقال في الشامل: وجاز كراء بقعة من أرض محبسة على غير معين أربعين سنة لتبني داراً وعمل به انتهى. وانظر أحكام ابن سهل في أول كتاب الأقضية من مسائل الحبس في ترجمة قطيع محبس

يفضل أهل الحاجة (وأكرى ناظره إن كان على معينين كالسنتين) المتيطي: يجوز كراء من حبس عليه ربع من الأعيان أو الأعقاب لعامين لا أكثر في رواية ابن القاسم: وبها القضاء والحبس على غير معين كالمرضى والمساكين أو مسجد أو قنطرة يجوز لمدة طويلة، واستحسن قضاة قرطبة كونه لأربعة أعوام خوف اندراسه بطول مكثه بيد مكتريه (ولمن مرجعها له كالعشر) ابن الحاجب: إن أكرى المتولي ممن يرجع الحبس إليه جازت لأكثر من عامين، وقد اكترى مالك منزله وهو كذلك عشر سنين واستكثرت (وإن بنى محبس عليه فمات ولم يبين فهو وقف) من المدونة قال مالك: من حبس داراً على ولده وولد ولده فبنى بها أحد البنين وأدخل خشبه أو أصلح ثم مات ولم يذكر لما أدخل في ذلك ذكراً فلا شيء لورثته فيه. قال ابن القاسم: وإن كان قد أوصى أو قال هو لورثته فذلك لهم وإن لم يذكره فلا شيء لهم قل

وَعَلَى مَنْ لاَ يُحَاطُ بِهِمْ، أَوْ عَلَى قَوْمٍ وَأَعْقَابِهِمْ، أَوْ عَلَى كَوَلَدِهِ وَلَمْ يُعَيِّنْهُمْ فَضَلَ الْمُوَلَّى أَهْلَ الْحَاجَةِ وَالعِيَالِ فِي غَلَّةٍ وَسُكْنَى،

باعته المحبسة، وانظر الأحكام الصغرى في مسائل الأقضية. ص: **(أو على كولده ولم يعينهم فضل المتولي أهل الحاجة والعيال في غلة وسكنى)** ش: قال ابن رشد: المبدأ في الحبس أهل الحاجة على الأغنياء في السكنى والغلة، فلا سكنى للأغنياء معهم إلا أن يفضل عنهم شيء، فإن استووا في الفقر والغنى ولم يسعهم أكرى ذلك عليهم وقسم الكراء بينهم شرعاً، سواء إلا أن يرضى أحدهم أن يكون عليه بما يصير لأصحابه من الكراء ويسكن فيها فيكون له ذلك. قاله ابن المواز: انتهى من سماع سحنون من كتاب الحبس. وقال في الشامل: ومن وقف على قوم وأعقابهم أو من لا يحاط بهم فضل الناظر ذا حاجة وعيال في غلة وسكنى على المشهور باجتهاده، فإن استووا فقراً وغنى أوثر الأقرب فالأقرب ودفع الفضل لمن يليه، فأما على ولده أو ولد ولده أو مواليه ولم يعينهم فكذلك. وقيل: الغني والفقير سواء، فإن عينهم سوى بينهم، فإن كان للغني ولد فقير أعطي بقدر حاجته انتهى. وقال في النوادر: ومن المجموعة: من حبس على قوم وأعقابهم أن ذلك كالصدقة لا يعطى الغني منها شيئاً ويعطى المسدد بقدر حاله، فإن كان للأغنياء أولاد كبار فقراء وقد بلغوا أعطوا بقدر حاجتهم، الباجي: يريد بالمسدد الذي له كفاية وربما ضاق حاله لكثرة عياله انتهى. وفهم من قوله «ولم يعينهم» أنه لو عينهم أنه يسوي بينهم وهو كذلك.

مسألة: من نوازل ابن رشد: سأله عنها القاضي عياض وهو عقد تضمن تحبيس فلان على ابنيه فلان وفلان لجميع الرحا الكراء بالسوية بينهما ولاعتدال حبسها عليهما وعلم عقبهما حبساً مؤبداً وتمم عقد التحبيس على واجبه وحوزه، ومات الأب والابنان بعده وتركا عقباً كثيراً وعقب أحدهما أكثر من عقب الآخر وفي بعضهم حاجة، فكيف ترى قسمة هذا الحبس بين هؤلاء الأعقاب؟ هل على الحاجة أم على السوية أم يبقى في يد كل عقب ما كان بيد أبيه؟ فأجاب: الواجب في هذا الحبس إذا كان الأمر فيه على ما وصفت أن يقسم على أولاد العقبين جميعاً على عددهم وإن كان عقب الولد الواحد

أو كثر **(وعلى من لا يحاط به أو على قوم وأعقابهم أو على كولده ولم يعينهم فضل المتولي أهل الحاجة والعيال في غلة وسكنى)** أما مسألة القسم على من لا يحاط به أو على قوم وأعقابهم فقال ابن عرفة: قسم ما على غير منحصر بالاجتهاد اتفاقاً. وروى ابن عبدوس: من حبس على قوم وأعقابهم فهذا كالصدقة يوصي وإن تفرق على المساكين لمن وليها أو يفضل أهل

وَلَمْ يُخْرَجْ سَاكِنٌ لِغَيْرِهِ،

أكثر من عقب الآخر بالسواء إن استوت حاجتهم، وإن اختلفت فضل ذو الحاجة منهم على من سواه بما يؤدي إليه الاجتهاد على قدر قلة العيال أو كثرتهم، ولا يبقى بيد ولد كل واحد منهما ما كان بيد أبيه قبله وبالله التوفيق.

مسألة: سئل عنها الوالد عن أرض وقف تسمى بالرهط وتنسب لعمرو بن العاص رضي الله عنه وأنه أوقفها على ذريته، وذريته أفخاذ منهم الرخامي والحطامي والساري، وكل واحد منهم بيده قطعة أخذها من آبائه، فهل له أن يقسمها بين أولاده الذكور والإناث ويكون لمن مات من الإناث أن تنقل حظها لأولادها حتى إنهم لو كانوا من فخذ آخر أخذوا ما صار لهم من أبيهم، وما صار لهم من أمهم وليس ثم كتاب ولا شرط؟ فأجاب: إذا ثبت الوقف بالبينة أو بالشيوع، فإن علم شرط الواقف بكتاب وقف أو بينة تشهد به ولو بالشيوع اتبع، وإن لم يعلم شرط الواقف وثبت له عادة قديمة فيصرف الوقف على ما جرت به العادة القديمة إذا لم تكن مخالفة للوجه الشرعي، وليس لمن صار بيده شيء من الوقف أن يبيعه ولا يقسمه بين أولاده ولا يؤجره مدة طويلة بل يبقى بيده، فإذا مات انتقل لمن جرت العوائد المذكورة أعلاه بانتقاله إليه. ثم سئل عنه مرة أخرى فأجاب عنه بما تقدم وزاد فيه: وإذا لم يثبت لهم شرط ولا عادة وثبت أن الوقف على الذرية قسم بينهم في كل سنة على السوية إلا أن يكون فيهم محتاج فللناظر أن يؤثره على غيره والله سبحانه أعلم. ومستنده في ذلك ما ذكره ابن فرحون في تبصرته في الباب السابع والخمسين والباب السبعين قال فيه: وقد تقدم أنه يقبل قول متولي نظر الوقف في مصرفه إذا لم يوجد كتاب الوقف، وذكر أن العادة جرت بصرف غلته في الوجوه التي يذكرها والله أعلم. ص: **(ولم يخرج ساكن لغيره إلا لشرط)** ش: قال ابن عرفة: قال ابن الحاجب: ولا يخرج الساكن لغيره وإن غنياً. ابن عبد السلام لما تكلم على حكم المساواة والترجيح قبل السكنى فحث على ما إذا سكن أحدهم لموجب الفقر ثم استغنى

الحاجة والمسكنة والمؤنة والعيال وللزمانة وكذا غلة الحبس. وقال ابن رشد: المشهور أن قسم الحبس لمعقب بين آحادهم بقدر حاجتهم وما على معينين هم فيه بالسواء، وأما القسم على كولده ولم يعينهم، فقال ابن رشد: معلوم قول ابن القاسم وروايته في المدونة أن الآباء يؤثرون على الأبناء ولا يكون للأبناء معهم في السكنى إلا ما فضل عنهم، وسواء على قوليهما قال حبس على ولدي ولم يزد فدخل معهم في السكنى إلا ما فضل عنهم، وسواء على قولهما قال حبس على ولدي ولم يزد فدخل معهم الأبناء بالمعنى، أو قال على ولده وولد ولده فدخلوا معهم بالنص **(ولم يخرج ساكن لغيره)** من المدونة قال مالك: من حبس داراً على ولده فسكنها

إلاَ بِشَرْطٍ أَوْ سَفرِ انْقِطَاعٍ أَوْ بَعِيدٍ.

فإن ذلك الحكم لا يرتفع بارتفاع سببه وهو الفقر، ولعل ذلك لأن عودته لا تؤمن وإلا فالأصل أن يخرج، وهذا في الوقف على غير معين. قال ابن عرفة: قلت: في لفظه ولفظ ابن الحاجب إجمال لأن ظاهر لفظهما سواء كان الحبس على معقب ونحوه أو على الفقراء فسكن بعضهم لاتصافه بالفقر ثم استغنى أنه لا يخرج لغيره وليس الأمر كذلك. قال ابن رشد في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم: من استحق مسكناً من حبس هو على الفقراء لفقره أخرج منه إن استغنى. وفي رسم أدرك من سماع ابن القاسم: من استحق مسكناً من حبس هو على العقب وهو غني لانقطاع غيبة المحتاج ثم قدم أنه لا يخرج لأنه لم يدخل عليه ولكنه سكن بها حيث لم يكن أحد أولى بها منه. وروى الباجي: لو سافر مستحق السكنى لبعض ما يعرض للناس كان له كراء مسكنه إلى أن يعود، ولو انتقل إليه أحد من أهل الحبس رد لمنزله وأخرج منه من دخل فيه. انتهى من آخر كتاب الحبس منه. وقال الفاكهاني في شرح قوله في الرسالة «ومن سكن فلا يخرج لغيره» ما نصه: إلا أن يرى الناظر إخراجه وإسكان غيره مصلحة للحبس فله ذلك لا سيما إن خاف من سكناه ضرراً، ولمثل هذا جعل الناظر. انتهى من الشيخ زروق ناقلاً له عن الفاكهاني وهو ظاهر فتأمله والله أعلم.

بعضهم ولم يجد بعضهم فيها مسكناً فقال الذي لم يجد أعطوني من الكراء بحساب حقي، فلا كراء له ولا أرى أن يخرج أحد لأحد، ولكن من مات أو غاب غيبة يريد المقام بالموضع الذي انتقل إليه استحق الحاضر مكانه، وأما إن أراد السفر إلى موضع ثم يرجع فهو على حقه. قال في كتاب محمد: وله أن يكري منزله إلى أن يرجع وسمع عيسى: من حبس على قوم وهم متكافئون في الغنى والفقر اجتهد في ذلك ليسكن فيها من رأى أو يكريها فيقسم كراءها عليهم، ومن سبق وسكن فهو أولى ولا يخرج منها. ابن رشد: معناه في غير المعين كتحبيسه على أولاده أو أولاد فلان وإن كان على معينين مسمين لم يستحق السكنى من سبق إليه وهم فيه بالسوية حاضرهم وغائبهم. قاله ابن القاسم. محمد: وغنيهم وفقيرهم سواء **(إلا بشرط)** روى ابن القاسم: من حبس على ولده أو غيرهم حائطاً وسمى لبعضهم ما يعطى كل عام من الكيل ولم يسم للآخرين، فيبدأ بالذي سمى له إلا أن يعمل في ذلك عامل فيكون أولى بحقه. قال ابن القاسم: وكذلك في غلة الدور **(أو سفر انقطاع)** تقدم نص المدونة: من غاب يريد المقام بالموضع الذي انتقل إليه استحق الحاضر مكانه **(أو بعيد)** ابن رشد: إن سافر ليعود فهو على حقه بخلاف ما إذا خرج لسفر بعيد يشبه الانقطاع أو يريد المقام في الموضع الذي سافر إليه.

(تم الجزء السابع، ويليه الجزء الثامن وأوله: باب الهبة)

فهرس الجزء السابع

من

مواهب الجليل



الفهرس

كتاب الإجارة